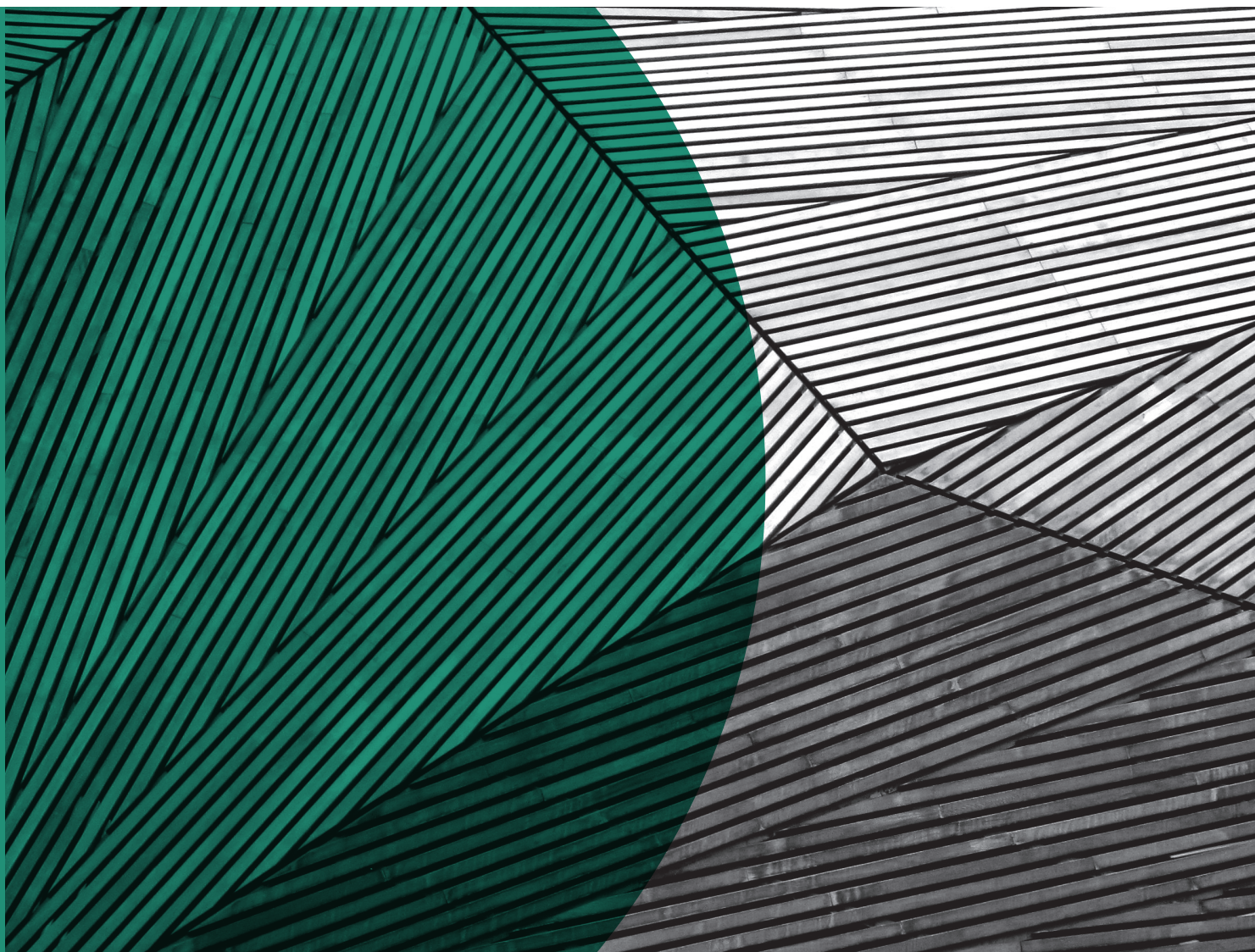


A HETEROSSEXUALIDADE COMO CARACTERÍSTICA “SINE QUA NON” DO CONCEITO DE CASAMENTO, À LUZ DO “LUS COGENS”

IVO MIGUEL BARROSO



**A heterossexualidade como característica “*sine qua non*”
do conceito de casamento,
à luz do “*Ius Cogens*”**

Ivo Miguel Barroso*

Palavras-chave: casamento, casamento entre pessoas do mesmo sexo, heterossexualidade, Declaração Universal dos Direitos do Homem, inconstitucionalidade, Constituição Portuguesa de 1976; artigo 16.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa

Keywords: marriage, same-sex marriage, heterosexuality, Universal Declaration of Human Rights, Portuguese Constitution of 1976; article 16, n. 2, of Constitution of Portuguese Republic; article 36, n. 1, of Constitution of Portuguese Republic; unconstitutionality

Resumo: O presente estudo é um contributo no sentido de considerar as fontes de Direito Internacional Público, muito em particular as normas costumeiras “*iuris cogentis*”, que gozam de força supraconstitucional, em particular a norma do artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual decorre que o conceito de casamento é necessariamente heterossexual.

Abstract: This study is a contribution towards consider the sources of public international law, most particularly customary norms “*iuris cogentis*”, that have supraconstitutional level, in particular the provision of Article 16, No. 1, of the Universal Declaration of Human Rights, which provides that the concept of marriage is necessarily heterosexual.

SUMÁRIO:

Metodologia seguida

* Mestre em Direito e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Publicado in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 10, n.º 19, Janeiro/Junho de 2013, pgs. 27-50.

ABREVIATURAS: anot. = anotação; art.º / art. = artigo; arts. = artigos; Cap. = Capítulo; CC = Código Civil de 1966; CRP = Constituição da República Portuguesa, de 1976, com incorporação das alterações das sete leis de revisão constitucional; diss. = dissertação; ed. = edição; DUDH = Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em Dezembro de 1948; n.º = número; ns. = números; org. = organização; par. = parágrafo; Rn. = “*Randnummer*” (abreviatura de expressão alemã; numeração ao lado da página); s.d. = sem data; s.l. = sem local; trad. = tradução; TC = Tribunal Constitucional; vol. = volume.

1. O artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem
 - 1.1. Os conceitos de “homem” e “mulher”
 - 1.1.1. Como interpretar o enunciado “homem e mulher”?
2. Análise de argumentação contrária
 - 2.1. Os direitos de direito de contrair casamento e de constituir família referidos ao mesmo sujeito
3. Uma garantia institucional, subjectivada com o correspondente reconhecimento de um direito a contrair casamento
4. O artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal como norma costumeira
 - 4.1. A tradição histórica, antropológica e jurídica
 - 4.2. Classificação no âmbito das normas de “*Ius Cogens*”: uma norma que impõe obrigação “*erga omnes*” mediata por tutelar um interesse comum colectivizado
 - 4.2.1. Regime jurídico aplicável
5. A consequente impossibilidade de reconhecimento de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, celebrados noutros Estados, por parte dos tribunais portugueses

Metodologia seguida

Na nossa maneira de ver, a metodologia de análise passa, em primeiro lugar, pela densificação do recorte conceitual de casamento, recorrendo ao instrumentário das várias fontes de Direito, designadamente do Direito Internacional Público imperativo – que tem sido muito esquecido – e também à luz das coordenadas da Constituição de cada Estado.

Só numa segunda fase, poderá ser feita a análise da eventual possibilidade de haver casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O presente estudo é um modesto contributo no sentido de considerar as fontes de Direito Internacional Público, muito em particular as normas “*iuris cogentis*”, que gozam de força supraconstitucional, segundo a maioria da Doutrina, entre as quais a norma que resulta do fragmento do artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (“*o homem e a mulher (...)*”).

1. O artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem

Deste art.º 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem decorrem três requisitos para a existência do casamento, como conceito classificatório¹:

- i) A idade núbil².
- ii) A enunciação da titularidade;
- iii) A concomitante natureza heterossexual do casamento.

As normas decorrentes desta disposição da Declaração Universal³ têm carácter de “*Ius Cogens*”⁴.

1.1. Os conceitos de “homem” e “mulher”, sendo descritivos, e, mais especificamente, empíricos, podem ser representados como simples

¹ Cfr. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Turim, 1959, pp. 75 ss., apud ROBERTO BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella Giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milão, 1992, pg. 29 (nota 68); JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Direito administrativo. Sumários ao curso de 1995/96*, lições policopiadas, Coimbra, 1996, pg. 17; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Almedina, Coimbra, 2011, n.º 23.b), pgs. 119-120, n.º 23.d), pg. 126.

² Embora este, diversamente dos dois anteriores, não seja um conceito classificatório, conflua na caracterização do casamento.

³ O art.º 16.º da DUDH foi aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por 44 votos a favor, 6 contra e duas abstenções; o que é bem demonstrativo da ampla adesão que granjeou.

⁴ Neste sentido, entre nós, por todos, cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *‘Ius Cogens’ em Direito Internacional*, diss., Lex, Lisboa, 1997, pgs. 408, 413 (400-415), 522; IDEM, *Direito Internacional Público*, volume II, Sujeitos e Responsabilidade, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, 32.1.1, pgs. 362 e 363 (cfr. 372).

Esta posição tem apoio nos órgãos jurisdicionais internacionais e é consensual na restante Doutrina jusinternacionalista.

conceitos da experiência⁵, que fornece a matéria-prima para o respectivo conhecimento⁶.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem recolheu da realidade empírica esses conteúdos “descritivos”.

Esses factos são «moldes», desempenhando a função de uma espécie de “transformadores da lei”⁷ — eles apontam no sentido de comportamentos interconjugados entre homem e mulher.

Isso vem a tornar o casamento um conceito *relativamente* determinado, pois alguns dos seus pressupostos (pelo menos, a diversidade

⁵ Aludindo a conceitos descritivos empíricos, fixáveis através da experiência comum, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES; VIEIRA DE ANDRADE, *Direito administrativo. Sumários ao curso de 1995/96*, pg. 17; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, pg. 58; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao pensamento jurídico*, Prefácio à versão portuguesa da obra de KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico* (Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1965), in IDEM, *Obra dispersa*, vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, n.º 15, pg. 47; JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso de Relações Internacionais*, Principia, São João do Estoril, 2002, 1.ª ed., n.º 4, pgs. 76-77; KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico* (original alemão: *Einführung in das juristische Denken*, 8.ª ed., Stuttgart, 1983), tradução de J. BAPTISTA MACHADO, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pg. 211. GUSTAV RADBRUCH alude a conceitos pré-jurídicos, que correspondem a “situações de facto” (in *Filosofia do Direito*, (original: *Rechtsphilosophie*), Arsénio Amado, Coimbra, 1997, § 15.º, n. 3, pg. 241), “juridicamente naturalizados”.

Para além deste, existe um segundo tipo: o dos “conceitos jurídicos” autênticos e genuínos, “construtivos e sistemáticos” (GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, § 15.º, n. 3, pg. 243) (por vezes, oriundo da linguagem comum, mas objecto de uma reformulação (“*Umformung*”) jurídica, uma vez que conhecimento e linguagem se entrecruzaram estreitamente (MICHEL FOUCAULT, *As palavras e as coisas* (original: *Les mots et les choses*), Edições 70, Lisboa, 1998, IV, II.3, pg. 139), ou seja, o vocabulário técnico da linguagem jurídico, salvo raras excepções, é técnico no significado, mas vulgar ou comum na sua morfologia (ÁNGEL MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, *El lenguaje del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 158; JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma Teoria hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, diss., Almedina, Coimbra, 2011, pg. 59); esses conceitos possuem contornos mais rigorosos do que os termos correspondentes de linguagem corrente (cfr. BINDING, *apud* KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, pg. 139; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, diss., vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, pg. 155; FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, diss., Coimbra Editora, colecção *Studia Iuridica* do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, pg. 341; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª ed., (2005), reimpressão, Almedina, Coimbra, 2007, n.º 35.II, pgs. 154-156, n. 76.II, pg. 305; MARIA LUÍSA DUARTE, *Introdução ao Estudo do Direito. Sumários desenvolvidos (...)*, AAFDL, Lisboa, 2003, pg. 17; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da ed. de 1992, Almedina, Coimbra, 2000, Rn. 29, pg. 22; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, 9.ª (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1996, pgs. 285-286; FERNANDO AZEVEDO MOREIRA, *Conceitos indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa*, in *Revista de Direito Público*, n.º 1, ano I, Novembro de 1985, pg. 36; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística. Critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, 1.ª ed., Verbo, s.l., 2007, pgs. 186-187; A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, colecção *Studia Iuridica* do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pgs. 113, 136-138; JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, 2.ª ed., pg. 165 (nota 280); PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito. Ano lectivo de 1997/1998*, I vol., 1.º tomo, Lisboa, 1998, pg. 33); tendo de haver uma “chave normativa” para a respectiva compreensão (cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, pg. 59; para uma referência crítica ao afastamento da linguagem jurídica em relação à linguagem comum, e à incompreensão, por parte do cidadão comum, dos termos jurídicos, v. o clássico [JULIUS HERMANN] VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia* [conferência de juventude, proferida em Berlim,

sexual) são definidos de modo bastante preciso, através desta conotação descritiva⁸.

1.1.1. Como interpretar o enunciado “homem e mulher”?

Existem duas interpretações possíveis:

em 1847], traducción y escrito preliminar de ANTONIO TRUYOL Y SERRA, 3.^a ed. espanhola, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pg. 43; “*um Direito que o povo já não conhece, que já não vive na sua alma*” (pg. 44)).

JUAN RAMÓN CAPELLA sublinha a existência de um secular processo de adaptação, através do qual os termos pertencentes à linguagem comum vão adquirindo um sentido técnico-jurídico, processo que vem a culminar na separação entre as linguagens natural e jurídica (in *El Derecho como language*, Ariel, Barcelona, 1968, pp. 243 ss., *apud* JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma Teoria hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, diss., Almedina, Coimbra, 2011, pg. 59).

A este propósito, pode ser convocada (pelo menos, por analogia) a distinção entre os conceitos propriamente ditos, susceptíveis de representação através de uma função ou classe, e os conceitos formais (cfr. LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico-filosófico* (original: *Tractatus logico-philosophicus*, Routledge and Kegan Paul, Ltd., 1922), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, 4.126, pg. 67, e 4.1272, pg. 69) (discordando, porém, da dicotomia conceitos descritivos” ou “de facto” / conceitos “normativos”, na medida em que os primeiros nos surgem incrustados numa norma jurídica, cfr. FERNANDO AZEVEDO MOREIRA, *Conceitos indeterminados*, pg. 30 (nota 3)).

Em todo o caso, diversos dos mencionados são os conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados (ou conceitos-tipo), que não permitem comunicações claras quanto ao seu conteúdo, em virtude de polissemia, da vaguidade, da ambiguidade, da porosidade ou do esvaziamento, em várias áreas do Direito - cfr. BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa (Considerações sobre a reserva de Administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa)*, Lex, Lisboa, 1995, pgs. 123-124; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.^a ed., pg. 1217; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, diss., reimpressão, Almedina, Coimbra, 1997, pgs. 1176 ss.; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, diss., Almedina, Coimbra, 1987, pgs. 117, 123, 124, 465 ss., 484, 488, 760; DAVID DUARTE, *Igualdade e imparcialidade na autovinculação da Administração*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1992, pgs. 31-37; MARIA LUÍSA DUARTE, *A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (Contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade)*, Lisboa, 1987, pgs. 24-25; IDEM, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, diss., Coimbra Editora, 1992, pg. 213; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional*, diss., II, Almedina, Coimbra, 1998, pg. 1557 (1156-1558); JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pgs. 113-114; IDEM, *Lições de introdução ao Direito Público*, in IDEM, *Obra dispersa*, vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, pgs. 346-347; JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.^a ed., n.º 67.VI, pg. 327 (com base no Acórdão do TC n.º 107/88, de 31 de Maio, in *Diário da República*, 1.^a série, n.º 141, 21 de Junho de 1988); CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.^a ed., pgs. 143-144; FERNANDO AZEVEDO MOREIRA, *Conceitos Indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa*, in *Revista de Direito Público*, n.º 1, ano I, Novembro de 1985, pgs. 15-89; A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, colecção *Studia Iuridica*, 1993, pgs. 110-112, 139-140; PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, 1.^a ed., 11.1.2, pgs. 551, 560, 11.1.5, pg. 570, 11.1.6, pg. 571; HELDER ROQUE, *Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e a sua integração*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 2, n.º 4 - 2005, pgs. 93-98; JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Directivas de auto-vinculação em poderes discricionários*, in *Revista Jurídica (AAFDL)*, números 18-19, Dezembro / Janeiro de 1996, pg. 219; WALTER SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrecht*, Munique, 1982, pp. 37 ss.; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite*, Einaudi, Turim, 1992, pgs. 186-187. Os conceitos-tipo

a) De acordo com a primeira, frisa-se que, no casamento-acto, o homem e a mulher têm o direito de casar entre si, mutuamente;

b) De acordo com a segunda, o homem ou a mulher, isoladamente, podem contrair casamento; uma pessoa, em idade núbil, teria o direito de casar (com alguém, presume-se).

Qual a interpretação a preferir deste enunciado?

A nosso ver, claramente a primeira, pelas razões expostas de seguida.

a) Desde logo o elemento literal.

A segunda interpretação cabe de forma contrafeita na letra do preceito. Na lição de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *“quando, como é de regra, as normas (fórmulas legislativas) comportam mais que um significado, (...) a função positiva do texto traduz-se em dar mais forte apoio a, ou sugerir mais fortemente um dos sentidos possíveis. É que, de entre os sentidos possíveis, uns corresponderão ao significado mais natural e directo das expressões usadas, ao passo que outros só caberão no quadro verbal da norma de uma maneira “forçada”, “contrafeita”. (...) na falta de outros elementos que induzam à eleição do sentido menos imediato do texto, o intérprete deve optar em princípio por aquele sentido que melhor e mais imediatamente corresponde ao significado natural das expressões verbais utilizadas (...)”*⁹.

Não obstante o fragmento da disposição referir *“Men and women of full age (...) have the right to marry”*¹⁰, é evidente que a interpretação literal aponta no sentido de uma pessoa de um determinado género poder casar com uma pessoa do outro género.

invocam um tipo difuso de situações da vida; ao passo que o resultado hermenêutico dos conceitos classificatórios é alcançado mediante interpretação (cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, diss., Almedina, Coimbra, 1987, pg. 117).

Alguma Doutrina chega mesmo a separar os conceitos descritivos dos conceitos indeterminados (embora referindo-se, na terminologia utilizada acima, aos conceitos-tipo) (com essa opinião, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Linguagem e Direito*, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, volume I, Almedina, Coimbra, 2008, pg. 271; IDEM, *Introdução ao Direito*, 1.^a ed., Coimbra Editora, 2012, § 26, I, 2.2, pg. 304).

⁶ Cfr. IMMANUEL KANT, *Crítica da razão pura* (edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001), Introdução, I, B.2, pg. 37; I, Segunda Parte, Primeira divisão, Livro Primeiro, Cap. I, Terceira Secção, § 13, B.118.

⁷ Cfr. MANUEL GOMES DA SILVA, *Esboço de uma concepção personalista do Direito. Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, Lisboa, 1965, pg. 164.

⁸ Neste sentido, KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, pgs. 212-213.

⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 182 (ênfases nossos).

¹⁰ Os fragmentos remanescentes do preceito (*“A partir da idade núbil”*) coadjuvam a conclusão de que o comportamento ter de ser recíproco, um acordo de vontades.

Por outro lado, sem prejuízo de a versão autêntica da DUDH ser em Inglês, o certo é que a maioria das traduções em línguas românicas, incluindo as línguas oficiais das Nações Unidas, utilizam o verbo na forma reflexa (“casar-se”)¹¹. Foi, pois, criada uma tradição interpretativa.

Embora estas traduções não tenham a natureza de uma interpretação autêntica do texto oficial, elas não podem deixar de ser tidas em conta, estando longe de ser inócuas em termos de subsídios interpretativos.

a’) Uma posição diferente seria a de sustentar que, do art.º 16.º, n.º 1, não se inferiria uma proibição. Poder-se-ia argumentar trata-se de uma Declaração de direitos, com normas permissivas, sendo as normas proibitivas excepcionais. Destarte, o casamento entre pessoas do mesmo sexo nem seria permitido nem proibido.

Este argumento, que entronca na terceira posição, é puramente formal, pois a delimitação do direito a contrair casamento entre homem e mulher já decorre do art.º 16.º, n.º 1.

Não vemos ser necessária uma norma proibitiva expressa¹². Ela seria supérflua, pois nada acrescentaria ao que já decorre da letra do preceito. “*Quod abundat non nocet*”.

a’’) O elemento da falta de “força normativa da Declaração” é falacioso.

Segundo uma objecção possível, dir-se-ia que a referência a “homem e mulher” seria “*descritiva de uma realidade assumida, mais do que prescritiva de uma estrutura normativa para todos os tempos*”¹³.

¹¹ Nas versões oficiais dotadas do mesmo valor autêntico da inglesa, em francês, refere-se “*l’homme et la femme (...) ont le droit de se marier (...)*” (<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=frn>); em castelhano, “*Los hombres y las mujeres (...) tienen derecho (...) a casarse*” (mesma fonte).

Em outras línguas românicas, em Italiano, a tradução reza: “*Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi (...)*”; em romeno: “*bărbatul și femeia (...) au dreptul de a se căsători și*”).

Estas últimas traduções são igualmente relevantes como prática interpretativa dos Estados.

Curiosamente a tradução portuguesa não utiliza essa forma reflexa (“casar-se”). Porém, a nosso ver, a opção linguística mais correcta era essa.

¹² Assim, também em relação ao comando impositivo de proibir os casamentos de pessoas sem idade núbil.

Poder-se-ia argumentar em contrário que a simples menção à idade talvez não bastasse para esta interpretação; e que apenas o n.º 2 conferiria apoio à necessidade de proteger as pessoas dos casamentos contra a sua vontade e, portanto, também crianças/jovens, por não terem vontade formada na plenitude das suas futuras capacidades, em associação com a idade núbil do n.º 1. Neste caso, esta interpretação enquadrar-se-ia plenamente na teleologia dos direitos humanos: proteger os indivíduos.

Salvo o devido respeito, discordamos. Julga-se que decorre cristalinamente da letra do n.º 1 a proibição de casamentos entre pessoas abaixo da idade núbil: “*A partir da idade núbil (...)*” (refere o preceito), não antes dela.

¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional sul-africano, *apud* Acórdão do TC n.º 359/2009, n.º 7.3.

A teoria aludida, do TC sul-africano, vem a desvalorizar, de forma metodologicamente pouco aceitável, o carácter “*iuris cogentis*” do art.º 16.º, n.º 1, da DUDH¹⁴.

b) A intenção dos autores da Declaração Universal dos Direitos do Homem

Também o elemento subjectivo de interpretação conforta a interpretação objectivista: a intenção da Comissão que elaborou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, seguramente nunca terá sido consagrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

c) O elemento lógico

Casar implica casar com uma outra pessoa. Ora, com quem havia de ser? Obviamente homem e mulher entre si, mutuamente.

d) O elemento sistemático

A formulação “*o homem e a mulher*” está longe de ser accidental ou aleatória, num texto como a DUDH, fruto de laboriosa preparação¹⁵.

Bem ao invés do que se pretende inculcar, verifica-se que é a única vez que a DUDH a refere no articulado, ao prever a titularidade; o elemento sistemático de interpretação permite destacar esta fórmula rara de enunciação da titularidade¹⁶, bem diversa de todas as restantes:

“*Todos os seres humanos*” (artigos 1.º, 1.º par., e 2.º, 1.º par.); “*Todo o indivíduo*” (arts. 3.º, 15.º, n.º 1), “*Todos os indivíduos*” (art.º 6.º); “*Todos*” (arts. 7.º, 23.º, n.º 2, 27.º, n.º 2); “*Toda a pessoa*” (arts. 8.º, 10.º, 11.º, n.º 1, 13.º, ns. 1 e 2, 14.º, n.º 1, 18.º, 20.º, n.º 1, 21.º, ns. 1 e 2; 22.º, 23.º, ns. 1 e 4, 24.º, 25.º, 26.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, 28.º; também 17.º, n.º 1); “*Ninguém*” (arts. 4.º, 5.º, 9.º, 11.º, n.º 2, 12.º, 17.º, n.º 2, 20.º, n.º 2).

Tendo as palavras sido ponderadas “*como diamantes*”¹⁷, não se vê como pretender negar significado autónomo a essa diferença.

¹⁴ Ao contrário do que o TC sul-africano pretende, as normas não são proposições descritivas, mas proposições prescritivas: influem no comportamento dos seus destinatários, para que estes actuem de acordo com que as normas estabelecem - ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Una Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, com a colaboração de CARLOS ALARCÓN CABRERA / RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS / ANTONIO RUIZ DE LA CUESTA, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, Cap. XII, 1.1, pg. 173.

¹⁵ Cfr. NUNO GODINHO MATOS, *Sessão n.º 31, em 14 de Agosto de 1975*, in *Diários da Assembleia Constituinte*, II, Assembleia da República, Lisboa, 1995, pg. 849.

¹⁶ Apenas o 5.º considerando do Preâmbulo se refere à “*igualdade de direitos dos homens e das mulheres*”.

¹⁷ Cfr. JEREMY BENTHAM, *apud* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística. Critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, 1.ª ed., Verbo, s.l., 2007, pg. 137.

e) O elemento teleológico

A referência a homem e mulher está longe de ser inócua — ela expressa um dever ser; é um fragmento normativo que se liga ao acto de celebração mútua do casamento.

Nem se diga que a referência a “*homem e mulher*” teve o intuito principal de salvaguardar o assentimento, principalmente das mulheres, de casar antes de atingirem idade núbil (proibindo apenas os casamentos entre crianças); que o elemento teleológico não visou excluir casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Uma interpretação que pretenda inculcar que, apesar dessa afirmação de titularidade entrecruzada, não ficaram precludidos outros “casamentos” ou “formas”, no mínimo atípicas, de casamento, não tem o mínimo de apoio da letra nos trabalhos preparatórios e, menos ainda, na letra do preceito. Uma tal leitura carece, por isso, de qualquer credibilidade científica.

É evidente que os Estados estão obrigados reconhecer o casamento entre homem e mulher, apenas e tão-só.

f) O elemento genético

O elemento genético¹⁸ dos **trabalhos preparatórios** corrobora plenamente a intenção: a fórmula inicial – “*Todo o indivíduo*” – foi substituída por “*o homem e a mulher*”¹⁹.

2. Análise de argumentação contrária

2.1. Os direitos de direito de contrair casamento e de constituir família referidos ao mesmo sujeito

Um possível escolho a esta interpretação seria o de que o art.º 16.º, n.º 1, da DUDH enuncia dois direitos diversos (**o direito de contrair casamento e o de constituir família**) ligados a um mesmo sujeito (homem e mulher); pelo que se poderia aventar haver uma imperfeição da DUDH.

¹⁸ A Doutrina tradicional enquadra os trabalhos preparatórios no “elemento histórico” (teorizado, como é sabido, por SAVIGNY).

Porém, para algumas teorias de Autores alemães, como FRIEDRICH MÜLLER, o elemento dos trabalhos preparatórios integra o denominado “elemento genético”, que, para essa perspectiva, deve ser dissociado do tradicional elemento histórico.

¹⁹ Mediante propostas de STEPANENKO (da Bielorrússia), no seio do grupo de trabalho criado pela Comissão dos direitos do homem, e de ELEANOR ROOSEVELT (cfr. ALBERT VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des droits de l’homme*, Nauwelaerts, Lovaina, s.d., pg. 163).

Em nosso entender, essa objecção não procede, mediante uma interpretação correcta da disposição.

Do ponto de vista literal, o art.º 16.º, n.º 1, da DUDH reconhece ao homem e à mulher, unidos pelo casamento, o direito de constituir família (este segundo direito foi inserido posteriormente, nos trabalhos preparatórios)²⁰.

A dúvida que pode colocar-se é a de se se pretende inculcar que o casamento é a única “fonte” de relações familiares.

Duas respostas têm sido avançadas:

a) A teoria ou interpretação “intramatrimonial” parte de uma relação unívoca de dependência do direito de constituir família relativamente ao direito de contrair casamento; este seria a única fonte de relações familiares²¹;

Esta concepção tradicional é aparentemente afirmada em preceitos de Direito positivo tradicionais - v. g., em Autores civilistas oitocentistas²², art.º 1056.º do Código de Seabra; Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910 (“*Lei do casamento como contrato civil*”)²³; mais explicitamente ainda, na Constituição de 1933 (embora não isenta de contradições, pois vem a considerar todas as faculdades do direito – casamento-acto, nascimento dos filhos legítimos, a sustentação e educação destes – como a “constituição de família”²⁴), no Projecto apresentado pela Aliança Democrática na revisão de 1982 (“*Todos têm o direito de constituir família, contraindo casamento*”²⁵) e na Constituição italiana de 1947 (“*a República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no matrimónio*”²⁶);

b) A concepção “supramatrimonial”, rejeitando a referida relação de dependência, reconhece o direito de constituir família, não só dentro, mas também fora do casamento.

As declarações teóricas do Legislador não são, basicamente, actividade normativa, mas científica e, como tal, sujeitas à experimentação e ao escrutínio daquilo

²⁰ A nosso ver, existe uma imperfeição da DUDH na enunciação da titularidade de ambos os direitos: com efeito, o fragmento “homem e mulher” refere-se ao direito a contrair casamento; ao passo que o mesmo sujeito é também aplicado ao direito a constituir família. Ver-se-á como ultrapassar esta imperfeição da letra da DUDH.

²¹ Cfr. GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, *Da união de facto. Convivência ‘more uxorio’ em Direito Internacional Privado*, diss., Pedro Ferreira, Lisboa, 1999, pg. 168.

Um dos respaldos desta teoria é a Doutrina da Igreja Católica, que tem sido reafirmada acriticamente ao longo do tempo (por exemplo, BENTO XVI, Discurso (1), de 8 de Julho de 2006, in IDEM, *Pensamentos sobre a família. Selecção de textos do Papa Bento XVI*, Introdução de LUCIO COCO, Lucerna - Principia, Parede, 2010, pg. 15 (sublinhando o papel central da família fundada no matrimónio).

²² “[C]onsideramos o casamento uma fundação de família” - J. H. [JOSÉ HOMEM] CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis relativos ás pessoas de uma familia portugueza. Para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*, Tomo II, 1835, (Ao leitor), pg. 1.

²³ No art.º 1.º: “o casamento é um contrato celebrado entre pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família”.

²⁴ Cfr. art.º 12.º, 1.º, 2.º e 3.º incisos.

²⁵ Citado por NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, diss., Almedina, Coimbra, 2005, pg. 509.

²⁶ Art.º 29.º, 1.º par.

que é verdadeiro ou falso²⁷ (as correntes doutrinárias não devem tentar “capturar” o legislador em seu favor, mas prosseguir a sua luta por outros meios²⁸).

O exemplo italiano é típico de uma mera afirmação proclamatória da primeira teoria, que, porém, “*não resiste a alguns momentos de reflexão*”²⁹:

Desde logo, não é comprovável pelo próprio Direito positivo, que, por um lado, consagra admite outras “fontes” de relações familiares (como a filiação natural, a adopção³⁰; a tutela e, embora o ponto seja controvertido, certas uniões de facto); e, por outro, prevê os casamentos “*in extremis*”, que, pela sequente morte de um dos cônjuges, pode não dar origem a qualquer sociedade familiar³¹.

Uma vez que não tem sustentabilidade, esse aspecto da definição terá de ser relegado a uma mera orientação, senão mesmo desconsiderada totalmente pelo intérprete, valendo como uma referência pela “via negativa”, pois é antagónica com outras opções legislativas³².

Na DUDH, apesar de a letra dos números 1 e 3 do art.º 16.º fazer eco da concepção tradicional, o elemento sistemático parece arredar inevitavelmente a primeira teoria, pois admite filhos nascidos fora do casamento³³.

Também o elemento histórico aponta no sentido de a concepção “intramatrimonial” não ter sido consagrada³⁴.

Qual será a interpretação preferível, à luz da DUDH?

Em nosso entender, atendendo ao sujeito comum “*o homem e a mulher*”, julga-se que a DUDH consagra, no art.º 16.º, n.º 1, o direito de os cônjuges constituírem família.

Sem prejuízo disso, do art.º 16.º, n.º 1, da mesma Declaração, poderá ser extraído, “*a fortiori*”, por via implícita, ou eventualmente mediante interpretação extensiva³⁵, um direito genérico de constituir família³⁶, não só ao nível conjugal, mas

²⁷ Cfr., a propósito das definições, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística*, 1.ª ed., pg. 137.

²⁸ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística*, 1.ª ed., pg. 137.

²⁹ GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, *Da união de facto*, pg. 181; v. pgs. 178-184.

³⁰ A seguinte afirmação do Professor ANTUNES VARELA afigura-se, pois, e salvo o devido respeito, contraditória: “*Pode haver relações de carácter familiar ou para-familiar, como a adopção ou a filiação natural (...), ilegítima ou extramatrimonial, à margem do casamento. Mas não há família ou sociedade familiar fora do casamento.*” (ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª ed., Petrony, Lisboa, 1999, pg. 177).

³¹ FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, *O casamento putativo no Direito Civil português*, diss., Coimbra Editora, 1929, pg. 118 (nota).

³² Neste sentido, a propósito das definições legais, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, pgs. 377, 378.

³³ Cfr. art.º 25.º, n.º 2, 2.ª parte: “*Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio (...)*” (à semelhança da CRP – no art.º 36.º, n.º 4, 1.ª parte).

³⁴ Foi rejeitada a redacção proposta por MALIK (representante do Líbano), na reunião da Comissão plenária:

“*A família, ‘fundada no casamento’, é o elemento natural e fundamental da sociedade.*” (apud ALBERT VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des droits de l’homme*, pg. 164); o que não veio a ser consagrado explicitamente.

³⁵ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 186.

³⁶ Diga-se, por fim, que temos reservas em relação à expressão “*constituição de família*”.

Por saber fica qual o momento genético: se o acto de celebração do casamento (: casamento-acto), se o da concepção ou o do nascimento com vida do primeiro filho (em nosso entender, em rigor, pelo menos após

também, designadamente, ao nível da família natural (a que deriva apenas do facto biológico da geração) e à família adoptiva³⁷.

3. Uma garantia institucional, subjectivada com o correspondente reconhecimento de um direito a contrair casamento

O casamento em si configura uma *garantia institucional*³⁸, dada a dimensão histórica do casamento³⁹, mas não só.

Não está apenas em causa uma garantia de instituto⁴⁰, dirigida aos Estados destinatários para conformarem o casamento.

a celebração, já há uma relação de família (ou seja, já há família) (neste sentido, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, diss., Almedina, Coimbra, 2004, pg. 299).

Por outro lado, a expressão “*constituição de família*” aponta para um momento estático: o acto que está na origem da família; quando, a nosso ver, se deveria privilegiar o direito de ter família, a relação afectiva familiar, continuada no tempo.

O casamento-instituição configura inequivocamente uma relação familiar.

Considerar que a sua única fonte originária é o casamento-acto poderá ser uma ficção (em sentido diverso, art.º 1576.º do CC). Outrora poderia não ser assim (através do casamento-acto, constituir-se-ia uma nova família que, em face dos clãs ou casas de que saiu, seria algo de independente – cfr. HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, 4.ª ed., Guimarães Editores, Lisboa, 1990, § 171, pg. 169). Admite-se que a família possa ter a sua origem em momento prévio: informal, numa união de facto (em sentido contrário, parte da Doutrina considera-a uma relação parafamiliar – FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, volume I, Introdução. Direito matrimonial, 4.ª ed., com a colaboração de RUI MOURA RAMOS, Coimbra Editora, 2008, pgs. 35 e 55-56, 116-118 (cfr. 59-60); JORGE DUARTE PINHEIRO), em fase experimental ou já mediante um compromisso assumido, designadamente no noivado; ou formal (: a promessa de casamento - cfr. arts. 1591.º a 1595.º do Código Civil), se for acompanhada de coabitação e da intenção de constituir família.

Não é de excluir também a união de facto subsequente ao divórcio (genuinamente ou, noutros casos, em fraude à lei, devido ao divórcio ter sido realizado por razões patrimoniais, para evitar que o património de um dos cônjuges fosse afectado pela responsabilidade comum solidária por dívidas), numa relação que seria em tudo semelhante à do casamento.

Sendo o objectivo privilegiar a “pequena família”, então faz sentido considerar todo este leque de possibilidades.

³⁷ Esta interpretação é mais evidente no art.º 36.º, n.º 1, da CRP, em que distingue a família do casamento (como a Doutrina assinala).

³⁸ Importa fazer uma precisão terminológica. Alguma Doutrina alemã distingue entre formas de vida em sociedade ordenadas por complexos de normas de Direito público (instituições) e normas de Direito privado (institutos). Todavia, esta distinção tem apenas uma função heurística (v. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais. Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002, pg. 90).

Desta forma, usamos as duas expressões como tendo significado idêntico.

³⁹ Este é um dos requisitos para se poder falar de garantia institucional (neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 90).

⁴⁰ A garantia institucional (designação cunhada por CARL SCHMITT, in *Teoría de la Constitución*, trad., Ariel, Barcelona, 1982 - “*institutionellem Garantien*”) consiste no comando constitucional de preservação da integridade dos elementos estruturantes e atributivos de tipicidade de instituições e institutos dotados de forma jurídica assente em complexos normativos (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pgs. 89-90).

Desde logo, é hoje relativamente pacífica a subjectivização da garantia institucional do casamento, com o correspondente reconhecimento de um direito a contrair casamento⁴¹.

Não seria concebível pensar de outra forma, pelo seguinte:

a) Desde logo, a DUDH não se dirige apenas aos Estados; dirige-se – sobretudo até – aos indivíduos⁴²;

b) O direito de contrair casamento tem uma estrutura diferente de outros direitos, como o direito de propriedade, que pode ser exercido singularmente, por apenas um indivíduo;

c) Se o art. 16.º da DUDH veda os casamentos a contraentes com idade inferior à idade núbil; se proíbe discriminações negativas; então não se vê como arredar que consagre que o casamento é celebrado entre um homem e uma mulher, vedando outros tipos de contraentes (casamento entre pessoas do mesmo sexo, de pessoas com animais, etc.).

Ao consagrar que o direito a contrair casamento é entre homem e mulher, o escopo da norma constante do art. 16.º, n.º 1, da DUDH opera a delimitação do âmbito normativo desse mesmo direito;

d) Como explica SÉRVULO CORREIA, “*Nem sempre (...) as garantias institucionais se encontram totalmente dissociadas dos direitos. A propósito deste relacionamento, podem identificar-se pelo menos dois ângulos: por um lado, há que saber se um direito pode ser rodeado de uma garantia institucional; pelo outro, cumpre*

⁴¹ Como garantia institucional, a protecção não é apenas objectiva, mas também subjectiva; daí a subjectivização, ou seja, o direito a contrair casamento (cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986), (2.ª ed. em castelhano), traducción y estudio introductorio de CARLOS BERNAL PULIDO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pg. 211). No mesmo sentido em relação às “*garantias constitucionais de institutos de Direito privado*” (embora enjeite as “*garantias de instituto*”, a que ALEXY alude), cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa Democracia constitucional*, diss., Almedina, Coimbra, 2007, pg. 792.

Em sentido mais mitigado, distinguindo, na senda de Doutrina alemã, entre “*garantias institucionais de direitos fundamentais*” (“*grundrechtlichen Einrichtungsgarantien*”), e, de outra banda, garantias institucionais que não foram concebidas para servir um direito fundamental (“*grundrechtsfernen institutionellen Garantien*”), SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pgs. 94-95.

⁴² Desde logo o próprio título o explicita.

Os 1.º e 5.º considerandos do Preâmbulo e o art.º 2.º (“*Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração (...)*”), tal como os enunciados constantes nos preceitos da Declaração, corroboram esta conclusão.

Repare-se que só no 6.º e 7.º considerandos do Preâmbulo – ou seja, após a menção aos indivíduos –, se alude aos Estados (: “*Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*” (6.º considerando)).

A proclamação constante do Preâmbulo refere-se também primeiro aos indivíduos e, só a seguir, implicitamente, aos Estados.

*perguntar se e, em caso afirmativo, como pode uma garantia institucional conduzir ao reconhecimento de um direito*⁴³.

Assim, conforme se aludiu, a garantia institucional do casamento, enquanto dimensão de Direito objectivo, é incindível do direito a contrair casamento⁴⁴, pois a distinção não deve ser levada “demasiado longe”⁴⁵, não cabendo aqui uma “excessiva compartimentação”⁴⁶. Trata-se de uma “garantia institucional de um direito humano”⁴⁷.

O art.º 16.º, n.º 1, não expressa apenas uma garantia institucional do casamento, reitere-se. Diremos até que a ordem é a inversa: consagra o direito de o homem e a mulher contraírem casamento; e só a partir daí decorre a dimensão objectiva do instituto do casamento.

A garantia institucional não se refere, sem mais, ao direito a contrair casamento⁴⁸ — individualiza o homem e a mulher como os sujeitos entre os quais o casamento é celebrado.

Aliás, a Declaração Universal (nem a CRP) distingue expressamente entre direito humano e garantia institucional, pelo que o regime jurídico aplicável será idêntico, sobretudo no que se refere à vinculação das entidades públicas, mormente quanto à preservação do conteúdo essencial⁴⁹.

Por isso, o argumento segundo o qual o art.º 16.º, n.º 1, não proibiria os casamentos entre pessoas do mesmo sexo (pois o “*Ius Cogens*” visaria proteger a dignidade humana e não a natureza de institutos jurídicos) não colhe.

4. O artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal como norma costumeira

4.1. A tradição histórica, antropológica e jurídica

⁴³ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 94.

⁴⁴ Neste preciso sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Direitos Fundamentais, Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012 (acordizada), n.º 20.II, pg. 91.

⁴⁵ RITA LOBO XAVIER, *A vinculação do Direito da Família aos «direitos da família»*, in João Paulo II e o Direito. Estudos por ocasião do seu 25.º aniversário do seu pontificado, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM / EDUARDO VERA-CRUZ PINTO / GONÇALO PORTOCARRERO DE ALMADA / PAULO TEIXEIRA PINTO (organizadores), Principia, Cascais, 2003, pg. 155 (nota 25).

⁴⁶ JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 5.ª ed., n.º 20.II, pg. 91.

⁴⁷ Adaptando ao Direito Internacional costumeiro a expressão “garantias institucionais de direitos fundamentais” (“*grundrechtlichen Einrichtungsgarantien*”) (cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 94).

⁴⁸ Ao invés de outros enunciados, como o do art.º 62.º, n.º 1, da CRP.

⁴⁹ Cfr., “*mutatis mutandis*”, JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 5.ª ed., n.º 20.II, pg. 91; RITA LOBO XAVIER, *A vinculação do Direito da Família aos «direitos da família»*, pg. 155 (nota 25).

I. A «cadeia da tradição»⁵⁰⁻⁵¹, não só é a fonte, mas vem também corroborar o que já está contido no art.º 16.º, n.º 1, da Declaração.

“[É] a família [designadamente a oriunda do casamento] que nos traz o espírito do passado, que nos vai transmitindo as tradições e experiências humanas, permitindo o progresso harmónico, ao mesmo tempo que vai formando o ideal de cada nação e de cada povo”⁵².

Apesar de não exacerbarmos a força normativa da tradição⁵³, esta última é um dado cultural (e não só estritamente religioso) a que o Direito não poderá ser alheio. Bem pelo contrário, julga-se que o Direito apresenta uma estrutura temporal de historicidade⁵⁴, não sendo geralmente o horizonte do presente formado à margem do passado⁵⁵.

Embora o conteúdo da tradição não seja estanque⁵⁶, mas antes variável — pois cada povo, em cada época, tem um modo peculiar de “ver”⁵⁷ —, a verdade é que, em toda a sua evolução histórica, fica demonstrado que o casamento — pelo menos como instituição⁵⁸ — tem por objectivo a união entre pessoas de sexo diferente, sendo este um pressuposto estrutural

⁵⁰ Sobre a definição de tradição, v. IVO MIGUEL BARROSO, *Pré-compreensão. Para uma reabilitação adequada dos «preconceitos» na Metodologia das ciências sociais*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, coordenação de MARCELO REBELO DE SOUSA / FAUSTO DE QUADROS / PAULO OTERO / EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, FDUL, Coimbra Editora, 2012, II e III, pgs. 28-30, 32-33.

⁵¹ Nesta infinda dinâmica de transmissão, encontram-se as normas actualmente vigentes, as decisões judiciais e os conhecimentos científicos; em suma, as formas do pensamento jurídico comumente reconhecidas, através do trabalho precedente de muitas gerações de juristas, graças ao qual alcançaram a sua configuração actual (cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* (original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., reformulada, Berlim, 1991), 3.ª ed., tradução de JOSÉ LAMEGO, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pgs. 289, 290).

⁵² MANUEL GOMES DA SILVA, *Curso de Direito de Família*, (Parte I; aditamentos), Apontamentos das Lições proferidas pelo Sr. Prof. Doutor GOMES DA SILVA no ano lectivo de 1966-67, coligidos pelos alunos Manuel Ernesto Coutinho e Jorge Neto Valente, AAFDL, Lisboa, 1967, pg. 32.

⁵³ Para a defesa do papel da tradição na pré-compreensão, cfr. HANS-GEORG GADAMER, *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (original: *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1986), trad. de FLÁVIO PAULO MEURER, revisão da trad. de ÊNIO PAULO GIACHINI, 3.ª ed., Vozes, Petrópolis, 1999, Prefácio à 2.ª ed., (pg. 21), Segunda Parte, 2.1, [pgs. 281 ss.] (416 ss.).

Para uma crítica a esta posição, cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Pré-compreensão. Para uma reabilitação adequada dos «preconceitos» na Metodologia das ciências sociais*, III, pgs. 32-33.

⁵⁴ RUY DE ALBUQUERQUE / MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, I vol., 1.ª parte, 10.ª ed., Pedro Ferreira, Lisboa, 1999, pg. 79; KARL LARENZ, *Metodologia...*, pg. 263, seguindo GERHART HUSSERL, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Vittorio Klostermann, Francoforte sobre o Meno, 1955, p. 22.

⁵⁵ Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *Verdade e Método*, Segunda Parte, 2.1.4, [pg. 311] (457).

⁵⁶ Um sistema só poderia fechar-se sobre si mesmo, se fosse “pensado como um sistema estático referido a um «objecto» também relativamente estático” (A. CASTANHEIRA NEVES, *O papel do jurista no nosso tempo*, in IDEM, *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, 1995, pg. 47). Referindo a tendência, intrínseca no ordenamento, para a transformação, cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite*, Einaudi, Turim, 1992, pg. 202.

⁵⁷ Cfr. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *El espectador*, tomo I, 3.ª ed. (1.ª ed. de 1916), Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1968, Confessiones de «El espectador» (Fevereiro-Março de 1916), Verdad y perspectiva, pg. 28.

⁵⁸ Já que, no casamento-acto, se regista a intervenção do o pai ou quem tutelava a noiva, pelo menos no equivalente à actual promessa de casamento.

dessa instituição, “uma ‘invariável antropológica’, presente desde época remota”⁵⁹, há milénios, muito recuada na Humanidade.

Com efeito, já no período do Homem Neanderthal (a partir de 800.000 antes de Cristo) se denotam relações estáveis e de entreajuda entre macho e fêmea⁶⁰ em tudo similares ao casamento⁶¹.

II. Essas relações perduraram e foram aprofundadas no “*Homo sapiens*” e no “*Homo sapiens sapiens*”, tendo seguimento no período do Paleolítico, em que as sociedades eram de caçadores recolectores.

Registaram-se mudanças radicais em relação aos períodos anteriores.

Com efeito, a organização social das primeiras tribos de caçadores teve consequências sobre a sua existência quotidiana⁶².

A disputa pelas mulheres do sexo feminino desanuviou-se. Na realidade, praticamente desapareceu.

Com efeito, embora a data não seja inteiramente precisa, a mulher passou a diferenciar-se das fêmeas animais, tornando-se sexualmente receptiva durante todo o ano.

Diferentemente das fêmeas dos mamíferos – em geral, mais reservadas, menos facilmente excitáveis, para melhor preservarem a sua espécie, economizando os seus recursos produzindo menos óvulos -, a mulher tem um estado de receptividade permanente⁶³. Essa disponibilidade bastante maior permitiu que fossem estabelecidas a monogamia e o seu corolário: a vida de família⁶⁴.

⁵⁹ FRANCIS MARTENS, *Un beau mariage?*, in *Rapport, fait au nom de la Commission de la Justice*, par Mme KAÇAR (Rapport du 20.11.2002, Doc. n.º 2 – 1173/3), pg. 21, *apud* NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento*, pg. 783.

Em sentido contrário, MIGUEL VALE DE ALMEIDA, *A chave do armário. Homossexualidade, casamento e família*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2009, pgs. 68 ss., 112-113, 198-207, 208.

Afinal, citando o filósofo SÖREN KIERKEGAARD, “*Louvado seja o casamento, louvado seja todo aquele que o exalte! O que afirmo não é nenhuma nova descoberta, pois seria bastante difícil encontrar novidade no que se refere à mais velha instituição do mundo*”.

⁶⁰ O ADN do homem de “Neanderthal” (que desapareceu por volta de 40.000 a.C.) é idêntico ao do “*Homo sapiens sapiens*” em 99,84%.

⁶¹ Neste sentido, o cientista THOMAS WYNN afirma:

“*Skeletal evidence shows that Neanderthal men, women and children led very strenuous lives, preoccupied with hunting large mammals*”.

“*The small size of Neanderthal territories would have made some form of ‘marrying out’ essential.*

“*We can also assume that Neanderthals had some form of marriage because pair-bonding between men and women, and joint provisioning for their offspring, had been a feature of hominin social life for over a million years. They also protected corpses by covering them with rocks or placing them in shallow pits, suggesting the kinds of intimate, embodied social and cognitive interaction typical of our own family life*” (THOMAS WYNN, *Into the mind of a Neanderthal*, 18 de Janeiro de 2012, <http://www.newscientist.com/article/mg21328470.400-into-the-mind-of-a-neanderthal.html>).

As mulheres (indivíduos de sexo feminino), quando estavam grávidas ou tinham filhos pequenos, não podiam trabalhar; e, por isso, eram substituídas por outros membros do Grupo (o mesmo sucedia com os idosos).

⁶² Cfr. ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem* (original: *Naissance de l’Homme*, Éditions du Seuil, 1980), tradução de FERNANDO CASCAIS FRANCO, 3.ª ed., Gradiva, Lisboa, 1995, pgs. 46.

⁶³ Cfr. ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 46.

⁶⁴ Cfr. ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 47.

Com efeito, uma mulher sexualmente receptiva durante todo o ano é menos objecto de rivalidades entre os homens⁶⁵.

Assim, os vínculos que uniam os homens das primeiras tribos terão sido radicalmente diferentes dos mantidos pelos machos dos grupos animais (sendo que, nestes, há conflitos permanentes entre jovens e velhos, entre dominantes e dominados⁶⁶).

Através da evolução aludida, o homem encontrou-se liberto de manifestar a sua agressividade perante os seus congéneres.

Trata-se de uma revolução biológica e sociológica considerável, que favoreceu o estabelecimento de relações, até então inéditas, entre o homem e a mulher.

A aludida nova organização social favoreceu a criação de casais baseados na vida em comum de um homem e de uma mulher⁶⁷. Este sistema era, verosimilmente, mais adaptado à nova sociedade⁶⁸.

O hominídeo pôde começar a estabelecer com a sua companheira relações assentes numa repartição das tarefas domésticas. As relações entre homem e mulher tornaram-se também mais “cortesias”⁶⁹.

Uma teoria científica defende também que houve uma maior tranquilidade maior em relação ao nascimento dos filhos, com uma gestação mais breve⁷⁰.

Deste modo, e também fruto do desenvolvimento cognitivo, há registo, desde o Paleolítico superior, há mais de 20.000 anos, da existência de estátuas de deusas da fertilidade e pinturas murais, aludindo às funções reprodutivas da mulher⁷¹.

⁶⁵ ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 47.

⁶⁶ ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 47.

Ao contrário do modelo de “estado de natureza” preconizado por THOMAS HOBBES (1588-1679) (um estado de guerra “*de todos os homens contra todos os homens*”, em que todo o homem é inimigo dos outros homens; não havendo lei, e, desse modo, não havendo injustiça (cfr. THOMAS HOBBES, *Leviatã. Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil* (publicado originariamente em 1651), tradução de JOÃO PAULO MONTEIRO / MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA, 3.^a ed., Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2002, Primeira Parte, Cap. XIII, pgs. 111, 113)), se referido a uma etapa da evolução da Humanidade, não há provas de uma “*agressividade fundamental no homem*” (ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 49).

⁶⁷ ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 46.

⁶⁸ ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 46.

⁶⁹ Cfr. ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 47.

⁷⁰ Cfr. ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 47.

⁷¹ MARIA DO SAMEIRO BARROSO, *Sob a protecção de Lucina - aspectos da Medicina obstétrica e ginecológica antiga*, in *Medicina na Beira Interior. Da Pré-História ao século XXI*, Cadernos de Cultura, n.º 20, Novembro de 2006 (reproduzido em http://www.historiadamedicina.ubi.pt/cadernos_medicina/vol.XX.pdf), pg. 86.

Para mais desenvolvimentos, v. JAVIER ÁNGULO CUESTA / MARCOS GARCÍA DIEZ, *Sexo en piedra. Sexualidad, reproducción y erotismo en época paleolítica*, Luzán, Madrid, 2005.

O homem e a mulher puderam adaptar-se mais facilmente aos diferentes meios ambientes, passando paulatinamente essa herança genética para os seus filhos, gerando uma “*hereditariedade diversa variada*”, que é - juntamente com o nosso património cultural - “*a coisa mais preciosa que pode existir no mundo. É ela que garante a sobrevivência da espécie humana*”⁷².

III. No período do Neolítico (a partir de 10.000 a.C.), regista-se uma estatuária marcadamente feminina: deusas de fertilidade, deusas-mães. Entre 7.000 a.C. e 3.000 a.C., a figuração feminina tornou-se ainda mais frequente, em toda a Europa e Próximo Oriente. Com efeito, estas foram as primeiras populações agrícolas. Daí que a fertilidade assumisse relevo acentuado no contexto da sociedade sedentarizada. A noção de Mãe Terra ou Grande Mãe (de que já tinha havido manifestações nos períodos anteriores) teve amplos desenvolvimentos⁷³.

IV. Na Idade do Cobre (Calcolítico), o advento da escrita cuneiforme na civilização suméria (que floresceu por volta de 3.500 a.C.) modificou radicalmente a natureza do casamento⁷⁴.

Na literatura suméria, haja em vista poemas como o “*Casamento de Dumizi*”⁷⁵ ou o “*Casamento sagrado de Iddin-Daggan*”⁷⁶.

A festa de noivado precedendo a cerimónia do casamento terá sido inventada na civilização de Creta, em cerca de 3.000 a.C. É uma oportunidade para quem trabalhava com os metais fazer ornamentos apropriados para a ocasião.

Repare-se na beleza encantatória das palavras da esposa, nestes versos, escritos durante o Império Novo egípcio:

*“meu coração é à tua medida,
para ti faço o que ele quer,
quando estou nos teus braços.*

⁷² ROBERT CLARKE, *O nascimento do Homem*, pg. 50.

⁷³ MARIA DO SAMEIRO BARROSO, *Sob a protecção de Lucina - aspectos da Medicina obstétrica e ginecológica antiga*, pg. 86.

⁷⁴ Com efeito, passou a ser possível escrever notas, tais como: “*I miss you my darling, when is that ratfaced husband of yours going on nights again*” (“*Eu sinto a tua falta, querido, quando o meu marido com cara de rato está de novo a ir para a noite, ausente de casa*”) (ALAN COREN, *A short history of marriage*, artigo disponível a partir de https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&ved=0CGwQFjAFOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.low.net.au%2Fmarriage.rtf&ei=Xly4UtG1C6S50QWlYDwDQ&usg=AFQjCNETHQ_gM193DMxZPBxTMplVDPBkw&sig2=YTab0ZKubQDjGwyG10wI2g&bvm=bv.58187178,d.bGQ&cad=rjt).

⁷⁵ In *Cantigas de amor do Oriente antigo. Estudo e antologia*, JOSÉ NUNES CARREIRA, Cosmos, Lisboa, 1999, pgs. 124-127.

⁷⁶ *Ibidem*, pgs. 143-144.

*Tuas saudades são a pintura dos meus olhos,
ao ver-te brilham meus olhos;
a ti me estreito para te mirar,
amado dos homens, que meu coração governa!”⁷⁷*

*“Cada olhar com que me olhas
me sustenta, mais do que pão e vinho.”⁷⁸*

As palavras que a mulher grega (e também, aparentemente, a romana, na “*coemptio*”⁷⁹) proferia, ao dar entrada na casa do esposo⁸⁰, são bem elucidativas:

“Ubi tu gaius, ego gaia”⁸¹⁻⁸².

⁷⁷ Cantiga amena (para a grinalda da noiva) (fonte: Papiro Harris 500), n.º 17, in *Cantigas de amor do Oriente antigo. Estudo e antologia*, JOSÉ NUNES CARREIRA, pg. 168.

⁷⁸ Cantiga amena (para a grinalda da noiva) (fonte: Papiro Harris 500), n.º 18, in *Cantigas de amor do Oriente antigo*, JOSÉ NUNES CARREIRA, pgs. 168, 37.

⁷⁹ Segundo refere CÍCERO, in *Pro Morena* 27. Como é sabido, a “*coemptio*” era apenas uma das formas de casamento, que não estava de todo incindivelmente ligada a um acto “*a se*” que lhe desse origem. Por outro lado, cerimónia nupcial não era de todo necessária.

⁸⁰ “*deductio in domum mariti*”.

⁸¹ A fórmula é mencionada por PLUTARCO (in *Quaestiones Romanae*, 30).

Sem prejuízo de algumas flutuações no significado ao longo do tempo, a ideia parece ser a seguinte: “Onde tu estiveres, eu estarei também”; “Onde sejas feliz, eu serei igualmente feliz.”; ou, numa versão livre, “Acompanhar-te-ei sempre. — A felicidade és tu; a felicidade é estar a teu lado”.

No Direito Romano, o significado aparentemente ter-se-á alterado, uma vez que “*Gaius*” - que pode ser traduzido por “Caio” - e “*Gaia*” eram nomes próprios em Latim; esse jogo de palavras transmite a ideia de que, na sociedade conjugal, o marido e a mulher se pertencem mutuamente (cfr. JOAQUIN SANCHEZ DE TOCA, *El matrimonio. Su ley natural, su historia. Su importancia social*, nueva edición, tomo primero, A. de Carlos é hijo, editores, Madrid, 1875, pg. 89). Tomando “*gaius*” como adjetivo, poderá ser traduzido da seguinte forma: “Onde tu estiveres, aí eu estarei também”.

Na tradição judaica, existem dois versos semelhantes: “*Eu sou para o meu amado / e o meu amado é para mim.*” (*Cântico dos Cânticos*, Cântico VI, 6: 3); “*O meu amado é para mim, / e eu sou para ele*” (*Cântico*, II, 2: 16).

⁸² No Direito grego, a cerimónia do casamento (“*gamos*”) era iniciada com sacrifícios aos deuses, Zeus e Hera Teleia (bem como a Ártemis e ao génio Pento).

A noiva tomava um banho nupcial.

Em casa dos pais da noiva, os nubentes, vestidos com as suas melhores roupas, reuniam-se num jantar.

Quando chegava a estrela vespertina, o noivo conduzia a noiva para a sua casa, por entre um cortejo, no qual os amigos e os familiares dançavam e entoavam cânticos, empunhando archotes (como é demonstrado por uma “*kratêra*” coríntia de 580-575 a. C., exposta no Museu do Vaticano em Roma - MARION GIEBEL, *Sappho*, Rovolt, Hamburgo, 1980, pg. 107; cfr. SOFIA A. SOULI, *Love Life of the Ancient Greeks*, Editions Michalis Toubis, Atenas, 1997, pg. 40).

No Canto XVIII da *Iliada*, HOMERO descreve uma festa de casamento (cinzelada no escudo de Aquiles pelo deus Hefesto):

*“E fez duas cidades de homens mortais,
cidades belas. Numa havia bodas e celebrações:
as noivas saídas dos tálamos sob tochas lampejantes
eram levadas pela cidade; muitos entoavam o canto nupcial.*

Na moral republicana, anterior ao período do Império e do estoicismo, o acto de contrair casamento constituía mesmo um dos deveres do cidadão romano⁸³.

V. “*O matrimónio é o retrato admirável da humanidade unida nos braços do amor e do dever*”⁸⁴.

Mancebos rodopiavam a dançar; e no meio deles

flautas e liras emitiam o seu som. As mulheres

estavam de pé, cada uma à sua porta, maravilhadas.” (HOMERO, *Iliada*, tradução de FREDERICO LOURENÇO, Livros Cotovia, Lisboa, 2005, Canto XVIII, versos 490-495, p. 382).

Ao chegar à sua nova casa, a mulher proferia, em língua grega, as palavras referidas no texto.

Após a noite de núpcias, um novo dia de festejos sucedia (SARAH B. POMEROY, *Women's History & Ancient History*, The University of North Carolina Press, 1992, pg. 54).

(Baseamo-nos na investigação de MARIA DO SAMEIRO BARROSO, *A mulher na sociedade antiga* (a partir do texto de base *A glória das mulheres de cabelos ondulados. Algumas reflexões sobre a História das mulheres na Antiguidade*, publicado em *As Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher*, Universidade Nova de Lisboa, n.º 16, ano 2006, pg. 103), que cita as referências mencionadas e contém mais desenvolvimentos sobre a condição da mulher).

No *Cântico dos Cânticos* (atribuído, por vezes, ao Rei Salomão, embora com fundamento histórico duvidoso), a Esposa (Sulamite) diz: “— *Ide ver, ó raparigas de Sião, meu amado / trazendo o diadema que lhe pôs sua mãe / no dia dos esponsais, / no dia do júbilo do seu coração*” (cfr. *Cântico dos Cânticos*, Cântico III, 3: 11; e a tradução in *O bebedor nocturno, poemas mudados para português*, por HERBERTO HELDER, Assírio & Alvim, Lisboa, 2010, pg. 35).

⁸³ *História da Vida Privada*, trad., Afrontamento, 1989, pg. 48, *apud* ORLANDO BRAGA, <http://espectivas.wordpress.com/2013/08/03/a-confusao-do-neanderthal-contemporaneo>, 3 de Agosto de 2013.

⁸⁴ JOAQUIN SANCHEZ DE TOCA, *El matrimonio. Su ley natural, su historia. Su importancia social*, nueva edición, tomo primero, A. de Carlos e hijo, editores, Madrid, 1875, pg. 69.

Três obras cimeiras da cultura ocidental — o “*Cântico dos Cânticos*”⁸⁵, o par Penélope e Ulisses na *Odisseia*, a ópera “*Fidelio*” de BEETHOVEN — exaltam o amor conjugal heterossexual⁸⁶.

Noutras obras, o objectivo da acção dos protagonistas é a celebração do casamento. Noutros, nem tanto: há desencontros entre o senso comum e a tradição do casamento rápido, por um lado, e a tentativa de estabelecer um padrão de “racionalidade” reflexiva para o casamento, assim adiando e desperdiçando oportunidades⁸⁷.

⁸⁵ Esta obra-prima é notável em termos estéticos. Citamos alguns excertos.

A Esposa — *Dai-me uvas passas,
reanimai-me com maçãs,*

porque desfaleço de amor.” (*Cântico dos Cânticos*, Cântico I, 2: 5).

A Esposa — *Suplico-vos, ó filhas de Jerusalém,
que, se encontrardes o meu amado,*

lhe digais que desfaleço de amor” (*Cântico dos Cânticos*, Cântico V, 5: 8).

O Esposo — *Roubaste-me o coração,
minha irmã, minha esposa!*

Roubaste-me o coração

com um só dos teus olhares” (*Cântico dos Cânticos*, Cântico III, 4: 9; cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Universo azul (flores da simbiose)*, Castália, Charleston (EUA), 2013, pg. 21, em que utilizámos este trecho como epígrafe de um poema de nossa autoria).

O Esposo — *Como o lírio entre os cardos,*

assim é a minha amada entre as donzelas” (cfr. *Cântico dos Cânticos*, Cântico I, 2: 2, in *O bebedor nocturno*, pg. 35).

A Esposa — *Como a macieira entre as árvores da floresta,*

assim é o meu amado entre os jovens.” (*Cântico dos Cânticos*, Cântico I, 2: 3).

O Esposo — *Oh, como és formosa, minha amada,
como és formosa!*

*Os teus olhos são como pombas,
por detrás do teu véu.*

(...)

*Os teus lábios são como um fio de púrpura,
e o teu falar é doce.*

*A tua face é como um pedaço de romã
por detrás do teu véu.*

(...)

Teus seios são como dois filhinhos gémeos de uma gazela,

(...)

*Toda és formosa, ó amiga minha,
e não há mancha em ti.*

(...)

*Como tuas carícias são deliciosas,
minha irmã, minha esposa!*

(...)

Teus lábios, ó esposa,

destilam mel virgem” (*Cântico dos Cânticos*, Cântico IV, 1: 1, 3, 5, 7, 11).

“As curvas dos teus quadris

são como jóias,

obra de mãos de artista.

*Abre-se o teu umbigo como uma taça redonda
cheia de vinho perfumado.*

VI. “*Como é belo o casamento puro e verdadeiro, o de dois seres iguais, associados na alegria e no sofrimento, em busca das eternas verdades humanas*” (DUHAMEL).

Adaptando um pensamento do Professor MANUEL GOMES DA SILVA, podemos interpretar as palavras da mulher grega do seguinte modo:

“*[E]m breve se apagam o “eu” e o “tu” individuais, para se votarem os cônjuges a um “nós”, em cujo bem se dissolve o de cada*

*O teu ventre é um monte de trigo
cercado de lírios.*” (Cântico dos Cânticos, Cântico VI, 7: 3).

O Esposo - “*o amor é forte como a morte,
a paixão é violenta como o sepulcro,
teus ardores são chamas de fogo,
os seus fogos são fogos do Senhor.
As águas múltiplas não poderiam extinguir o amor,
nem os rios o poderiam submergir.*” (Cântico dos Cânticos, Cântico VII, 8:6-7).

⁸⁶ Convocamos este argumento de ordem cultural, pois, na lição de BAPTISTA MACHADO, “[n]enhuma ordem normativa se autolegitima. Pelo que também o Direito só dos valores culturais pode retirar a sua legitimação” (in *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 197).

No plano teológico, que aqui não cabe desenvolver, a relação entre Deus e a comunidade é metaforicamente equiparada a um casamento, na qual Deus é considerado “*Esposo*” (Is, 54, 5) (cfr. Dt, 31, 16; Os, 2, 1-3, 5; Ez, 16, 1-63; Jr, 2, 2; o mesmo sucede no Novo Testamento – Ef, 5, 23-27; Ap, 19, 7; Ap, 21, 2).

⁸⁷ No filme “*A janela indiscreta*” (“*Rear Window*”, 1954), de ALFRED HITCHCOCK - o nosso Realizador predilecto, filme com guião de JOHN MICHAEL HAYES, baseado na história curta de CORNELL WOOLDRICH -, há um diálogo notável entre a enfermeira da companhia de seguros, Stella, e o protagonista, Jeffrey (J.B. “Jeff”, fotógrafo profissional, interpretado por JAMES STEWART), quando a primeira lhe está a dar banho (devido à sua perna esquerda estar fracturada engessada), na casa de Jeffrey (onde este vigia o que as outras pessoas do prédio em frente, para passar o tempo). O diálogo, que se desenrola ao mesmo tempo em que Jefferies está a tomar banho, alude ao casamento (minutos 10 a 13).

Trata-se de um diálogo admirável em termos de concisão: o receio de Jefferies (Jeffrey) casar com uma mulher que acha perfeita demais para si, e o senso comum da sua enfermeira; e, por outro lado, a simplicidade das coisas simples, vista por uma mulher comum, do povo.

“*Stella – Sarilhos! (...)*

(...)

Jefferies – Sabe, acho que tem razão, vai haver sarilhos por aqui.

Stella – Eu sabia.

(...)

Stella – Que tipo de sarilhos?

Jefferies – A Lisa Fremont [interpretada pela deslumbrante GRACE KELLY].

Stella – Está a brincar? É uma jovem linda e você é um homem razoavelmente saudável.

Jefferies – Ela espera que eu case com ela.

Stella – Isso é normal.

Jefferies – Eu não quero.

Stella – Isso é anormal.

Jefferies – Ainda não estou preparado para o casamento.

Stella – Todos os homens estão preparados para o casamento, quando aparece a rapariga certa.

«E a Lisa Fremont é a rapariga ideal para qualquer homem esperto.

Jefferies – Ela não é má de todo...

Stella – Zangaram-se?

Jefferies – Não.

(...)

*consorte, por tal forma que a maior dificuldade será a de distinguir o que cada um faz para a felicidade própria ou alheia*⁸⁸.

No dizer de PLUTARCO, “[o] amor, tal como dois licores que se misturam, produz uma efervescência, uma perturbação que, ao fim de um momento, se apazigua, se precipita e estabiliza.

«Só conhecem a “fusão total” os esposos amorosos. Os outros amores parecem-se com esses encontros, com esses toques, com essas combinações de átomos acompanhadas de choques e seguidos das separações brutais de que fala Epicuro. Tais uniões não conseguem nunca essa unidade perfeita e completa do amor conjugal⁸⁹⁻⁹⁰.

Stella – (...) Alguns dos casamentos mais felizes começaram sob pressão, por assim dizer.

Jefferies – Ela não é rapariga (“girl”) para mim.

Stella – Pois, ela só é perfeita.

Jefferies – É perfeita demais, tem talento a mais, é demasiado bonita e sofisticada. Ela é demais em tudo, excepto no que eu quero.

Stella – E pode falar aquilo que quer? (...)

(...)

Stella – As pessoas de bom senso pertencem ao sítio onde estão.

Jefferies – (...) Se ao menos ela fosse vulgar (‘ordinary’)...

Stella – Você nunca se vai casar?

Jefferies – Devo casar-me um dia destes, mas vai ser com alguém que pense que a vida é mais do que um vestido novo, um jantar de lagosta e o último escândalo.

«Preciso de uma mulher que esteja disposta a... (...). Disposta a ir a qualquer lado, a fazer qualquer coisa e a adorar isso. O que tenho de mais honesto a fazer é acabar com tudo, deixá-la encontrar outra pessoa.

Stella – Pois, já o estou a ouvir: “Sai da minha vida, mulher perfeita e maravilhosa! És boa demais para mim!”.

«Sr. Jefferies - Não tenho estudos, mas posso dizer-lhe uma coisa. Quando um homem e uma mulher se conhecem e gostam um do outro, devem ficar juntos, como dois táxis na Broadway, e não ficar a analisar-se um ao outro como dois espécimes em frascos.

Jefferies – Ai está uma abordagem inteligente do casamento.

Stella – Inteligência! Nada causou tantos problemas à raça humana como a inteligência.

«O casamento moderno...

Jefferies – Progredimos emocionalmente.

Stella – Tretas!

«Dantes conhecia-se uma pessoa, havia entusiasmo, casava-se.

«Agora lêem muitos livros, discutem com muitas palavras compridas; fazem psicanálise um ao outro, até não conseguirem distinguir entre uma troca de carícias e um exame para funcionário público.

Jeffrey – As pessoas têm níveis emocionais diferentes.

Stella – Quando casei com o Myles, éramos os dois uns desajustados. Ainda somos uns desajustados, mas temos adorado o tempo todo.

Jeffrey – Ainda bem, Stella. Arranja-me uma sanduíche, se faz favor?

Stella – Posso, e ponho também bom senso no pão.

«A Lisa tem-lhe imenso amor. Tenho um conselho de três palavras para si: case com ela.

Jeffrey – Ela pagou-lhe bem?” (ironia) (ri-se).

⁸⁸ MANUEL GOMES DA SILVA, *Direito de Família*, Parte II, Do casamento, Tomo I, Apontamentos das Lições proferidas pelo Sr. Prof. Doutor GOMES DA SILVA no ano lectivo de 1970-71, coligidos pelo aluno José Manuel Rocha Pimentel, AAFDL, Lisboa, 1971, pg. 23.

⁸⁹ PLUTARCO, *Erotika. Diálogo sobre o Amor*, tradução, Fim de Século, pgs. 82-83.

⁹⁰ MANUEL GOMES DA SILVA aduz que “a união dos cônjuges, por mais intensa que se mostre, é sempre em grande parte potencial, nunca consegue realizar a fusão completa das duas personalidades que se mantêm sempre duas apesar de muito unidas.” (in *Direito de Família*, Parte II, Do casamento, Tomo I, Apontamentos das Lições proferidas pelo Sr. Prof. Doutor GOMES DA SILVA no ano lectivo de 1970-71, pg. 25).

VII. Poder-se-ia citar as definições de casamento em tempos tão diversos:

a) No Direito Romano⁹¹, v. g., a de HERENNIUS MODESTINUS⁹²; no Direito Romano Justinianeu⁹³;

b) Na Idade Média, PEDRO LOMBARDO⁹⁴, HUGO DE SAINT-VICTOR (“*legitima societas inter virum et feminam*”⁹⁵); nas “*Siete Partidas*” de AFONSO X⁹⁶;

⁹¹ Não é verdade que o Direito Romano tivesse consagrado, ainda que esparsamente, o casamento entre pessoas do sexo masculino.

Com efeito, um dos requisitos de validade do “*matrimonium*” romano era o da capacidade natural dos nubentes, que deveriam ser capazes de procriar (tal era aferido pela puberdade).

Outro elemento fundamental para o matrimónio era a “*affectio maritalis*”.

Por fim, nos fragmentos clássicos, não se dá a mais pequena relevância (ainda que social) às uniões homossexuais estáveis (neste sentido, DAVID MAGALHÃES, *Apontamento sobre o “matrimónio” de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pg. 820).

Em sentido contrário, alguns defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo, como JOHN BOSWELL, baseando-se numa passagem de CÍCERO sobre a relação entre MARCO ANTÓNIO e CURIO (CÍCERO, *Philippica*, II, 44) (JOHN BOSWELL, *Christianity, social tolerance and homosexuality: Gay people in Western Europe from the beginning of the Christian era to de Fourteenth Century*, University of Chicago Press, 1981, pg. 82; IDEM, *Same-sex unions in pre-modern Europe*, Villard Books, Nova Iorque, 1994, pg. 80; ambos citados por DAVID MAGALHÃES, in *Apontamento sobre o ‘matrimónio’ de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pg. 812); bem como outros Autores que se seguiram a BOSWELL). Outros argumentos são fontes literárias (passagens de MARCIAL e de JUVENAL, de carácter notoriamente satírico) e políticas (as “práticas” dos Imperadores NERO e HELIOGÁBALO).

O facto de o casamento ser entre homem e mulher não precludia, evidentemente, a celebração de “nupciais”, com pompa e ritos, imitando o aparato de casamentos existentes, mas desprovidos de qualquer eficácia ou sequer validade jurídica.

O que é mencionado refere-se evidentemente ao matrimónio da época “pagã”; pois, quanto ao matrimónio romano-cristão, não existe controvérsia de espécie alguma (o matrimónio entre pessoas do mesmo sexo foi severamente punido; por exemplo, uma constituição / decreto, no ano de 342, estabeleceu a proibição os de os homens casarem como se fossem mulheres, sob pena de morte; norma essa que foi reproduzida no “*Codex Theodosianus*”, 9, 7, 3).

Assim, não é de todo verdade que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo tenha decorrido da Bíblia e sido interrompida pelo Direito Romano, antes da influência cristã (em sentido contrário, ROBERT FRAKES, *Why the Romans are important in the debate about gay marriage*, in *History News Network*, reproduzido em <http://hnn.us/articles/21319.html>).

Para a demonstração e no sentido defendido, DAVID MAGALHÃES, *Apontamento sobre o ‘matrimónio’ de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano*, pgs. 812-813, e 816 ss., em particular, 820.

⁹² O matrimónio é “*a união do homem e da mulher* [literalmente, “*união entre macho e fêmea*”], *consórcio de toda a vida e comunicação do Direito divino e humano*” (“*Nuptiae sunt coiunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani communicatio*”) (Mod. D. 13, 2, 1).

A expressão “*omnis vitae*” salienta os efeitos de ordem patrimonial, insusceptíveis de serem postos de lado (neste sentido, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito da Família (Ensaio)*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (146), Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1986, pg. 141 e nota 351).

⁹³ “*a união do homem e da mulher com intenção de viverem em comunidade indissolúvel*.” (Digesto, 23, 2, 1; Institutas (“*Institutiones (Iustiniani)*”), 1, 9, 1; *apud* A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – IV (Direito da família)*, colecção *Studia Iuridica* do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pg. 61; NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento*, pg. 85).

⁹⁴ Recolhendo as reformas da definição de JUSTINIANO, PEDRO LOMBARDO († 1160) proporcionou uma definição que seria seguida pelos teólogos e canonistas: “*As núpcias e o matrimónio são a união*

c) As noções de casamento religioso cristão, expressas pelos diversos Padres da Igreja, desde o final do Império Romano, passando pelo período medieval (no caso da Igreja Católica, expressas nos Códigos de Direito Canónico de 1917⁹⁷ e de 1983, bem como no Concílio Vaticano II⁹⁸);

d) Na Doutrina civilista⁹⁹;

e) A definição foi mantida no casamento civil: veja-se a definição de PORTALIS, na Exposição de motivos do Código Civil francês, sessão do Corpo Legislativo do ano IX¹⁰⁰;

f) Entre nós, no Código de Seabra (art.º 1056.º) e no Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910 (Lei do casamento como contrato civil) (art.º 1.º).

4.1.1. Historicamente, não é verdade que a heterossexualidade no casamento tenha um fundamento unicamente religioso.

Com efeito, se é verdade que a tradição judaica (bem como a posterior tradição cristã, a partir do Imperador CONSTANTINO) tem na sua base a celebração religiosa, esquece-se, contudo, a relevantíssima influência do Direito Romano, da República e de grande parte do período imperial (até ao Imperador CONSTANTINO ter proclamado a religião cristã como oficial do Império Romano), que era a tal alheia.

O conceito de casamento - presente na definição legal do artigo 1577.º do Código Civil, até 2010, e em tantas outras - tem um substrato

marital de homem e mulher, entre pessoas legítimas, que retém uma comunidade indivisível de vida” (“Sunt igitur nuptiae vel matrimonium viri mulierisque coniunctio maritalis inter legitimas personas, individuum vitae consuetudinem retinens”) (apud JOSÉ ANTÓNIO GOMES DA SILVA MARQUES, *Direito sacramental*, II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, pg. 12).

⁹⁵ Apud DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A invenção do Direito matrimonial* (1986), in IDEM, *Nós. Estudos sobre o Direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, pg. 272.

⁹⁶ “Matrimónio es ajuntamento de marido, e de muger (...)” (Ley I, Título II).

⁹⁷ Código de Direito Canónico de 1917, cânone 1055, 1.º - “O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si a comunhão íntima de toda a vida, ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole (...)”.

⁹⁸ Este Concílio Vaticano II alude ao matrimónio como a “*íntima comunidade conjugal de vida e amor [que] se estabelece sobre a aliança dos cônjuges, isto é, sobre o consentimento pessoal e irrevogável*” (*Gaudium et Spes*, n.º 48).

O Papa JOÃO PAULO II referiu-se a este texto, quando, ao falar da plena doação que o matrimónio supõe, acrescenta: “isto é, o pacto de amor conjugal ou escolha consciente e livre, com que o homem e a mulher aceitam a comunidade íntima de vida e amor, querida pelo próprio Deus (...)” (Ex. Ap. *Familiaris consortio*, n.º 11) (apud JOSÉ ANTÓNIO GOMES DA SILVA MARQUES, *Direito sacramental*, II, pg. 12).

⁹⁹ “Matrimónio é a associação permanente do homem e da mulher (...)” (MANOEL BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, Tomo II. Continuação do Livro I, Lisboa, 1851, pg. 16); “O casamento é um contracto (...) pelo qual duas pessoas de sexo diverso se associam perpetuamente” - Proposta de alteração de ANTONIO LUIZ DE SEABRA, em sede da “Comissão revisora” (mencionada por ANTONIO LUIZ DE SEABRA, in *Duas palavras sobre o casamento. Pelo redactor do código civil*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1966 (pg. 5)).

¹⁰⁰ Apud MESSIAS JOSÉ CALDEIRA BENTO, *Itinerários do Direito Matrimonial*, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2007, pg. 76.

histórico, do qual o Direito Romano foi um esteio, amiúde esquecido, muito para além das mencionadas questões de índole religiosa¹⁰¹.

A historicidade do Direito matrimonial, na sua totalidade, não pode ser ignorada, como fontes da actual cultura ocidental e até mesmo mundial.

4.1.2. Não se estamoteia que houve, paulatinamente ou bruscamente, alterações à instituição do casamento (v. g., a progressiva exigência do registo, com o Cristianismo, fazendo evoluir a instituição do casamento no Direito Romano, que, em geral, não fazia essa exigência, a par da concomitante proscrição dos “casamentos clandestinos”¹⁰²; a instituição do casamento civil (embora com regime próximo do casamento religioso); o alargamento da titularidade a todos, concomitantemente com a abolição progressiva da escravatura¹⁰³; a clarificação da necessidade de um acordo expresso da noiva para contrair casamento¹⁰⁴ (sem interferência paternal ou tutelar); em matéria de impedimentos, da igualdade de estatutos entre homem e mulher, reduzindo e eliminando os poderes do marido em relação à mulher, e, bem assim, a menoridade a que a mulher se encontrava confinada, no casamento - pesando a autoridade marital sobre a pessoa da mulher - e também na sociedade em geral; a abolição dos obstáculos ao casamento inter-racial).

Todavia, essas modificações foram sempre feitas no pressuposto fixo e no quadro da heterossexualidade.

Ora, a Lei n.º 9/2010 não teve em conta a perspectiva histórica na Legística formal e material¹⁰⁵.

¹⁰¹ Neste preciso sentido, DAVID MAGALHÃES, *Apontamento sobre o “matrimónio” de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pg. 823.

¹⁰² Os matrimónios clandestinos (sem a presença do pároco) foram declarados “nulos e irritos” pelo Concílio de Trento (Sessão XXIV, *De reformatione matrimonii*, apud PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitanis cum Publici tum Privatum*, II, 1815 (tradução de MIGUEL PINTO DE MENESES: *Instituições de Direito Civil Português. Tanto público como particular*, 1779, Livro II, Título V, § 10, reproduzido in *Boletim do Ministério da Justiça*, números 161 ss., disponível em <http://www.fd.unl/Anexos/Investigacao/1007.pdf>) (apesar de, anteriormente, os casamentos clandestinos serem válidos – como o prova um passo das *Ordenações Manuelinas* (Livro 2, título 47, § I)). Todavia, em 1651, foram estabelecidas penas civis e temporais por D. JOÃO IV).

¹⁰³ No Direito Civil, anteriormente dizia-se que “os escravos entre si se dizem estar não em matrimónio, mas contubérnio” (MANOEL BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, Tomo II. Continuação do Livro I, Lisboa, 1851, pg. 31).

¹⁰⁴ Este foi um aspecto em que, historicamente, se registaram oscilações. No Direito grego, o contrato de casamento era feito entre o noivo e o pai da noiva; todavia, no Direito romano, o princípio do consentimento da noiva afirmou-se.

Igualmente se registam oscilações durante o período da Idade Média e da Idade Moderna.

¹⁰⁵ V., desenvolvidamente, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *A perspectiva histórica e sociológica*, in *A feitura das leis*, volume II, Comunicações apresentadas no Curso organizado pelo Instituto Nacional de Administração, no âmbito do Departamento de Administração Pública, coordenação de JORGE MIRANDA / MARCELO REBELO DE SOUSA, com colaboração de MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Instituto Nacional de Administração, Oeiras 1986, pgs. 59 ss.

4.2. Como é sabido, o Costume tem a sua base essencial em valores culturais¹⁰⁶.

Da tradição cultural resulta uma presunção de dever ser.

Inicialmente, durante o século XIX e até ao início do século XX, tal norma não tinha respaldo nas Constituições formais¹⁰⁷, mas apenas ao nível no Direito eclesiástico, designadamente o Direito canónico - que regulava a única forma de casamento admitida em vários Estados europeus confessionais -, da legislação civilística.

Quando as garantias institucionais foram alcandoradas ao nível constitucional, começaram a ser plasmadas ao nível constitucional formal (v. g., na Constituição de Weimar (art.º 119.º, 1.º par., 2.º período), o pressuposto da heterossexualidade foi consagrado expressamente em várias Constituições (v. g., na Constituição japonesa de 1946 (art.º 24.º, 1.º par.), entre muitas outras¹⁰⁸), bem como na legislação ordinária¹⁰⁹.

Por outro lado, é entendimento comumente aceite de que, mesmo sendo a Constituição silente em relação à heterossexualidade, esta se afigura necessária¹¹⁰.

¹⁰⁶ Assim, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público, Direito Internacional Público. Conceito e fontes*, vol. I, 1.ª ed., Lex, Lisboa, 1998, pg. 93.

¹⁰⁷ A título de exemplo, as Constituições liberais monárquicas portuguesas não se referem ao casamento, senão incidentalmente, ao regularem a cidadania, referindo-se aos “filhos ilegítimos de Mãe portuguesa” – cfr. art.º 21.º, 2.º inciso, da Constituição de 1822; art.º 7.º, § 2.º, da Carta Constitucional de 1826; art.º 6.º, 2.º inciso (cfr. também 3.º) da Constituição de 1838), por duas ordens de razões:

i) A ausência de separação entre Estado e Igreja; sendo o casamento católico regulado pelo Direito canónico (mesmo Estados liberais em que o Estado era laico, sendo este fenómeno recente, igualmente não consagrava esse direito nas Constituições); tratava-se de um sistema matrimonial exclusivamente religioso – o Direito civil ignorava o instituto do casamento por completo (cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *O sistema matrimonial português – algumas considerações acerca da coexistência do casamento civil e do casamento católico*, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume VII, 1993, pgs. 53-54, 56, 57).

Mesmo quando esse sistema deu lugar ao sistema de casamento civil facultativo, no Código de Seabra, a nova modalidade do casamento civil teve pouca adesão ou aplicação prática;

ii) A ausência de tratamento dogmático das garantias institucionais.

A Constituição de 1911 veio prever esparsamente o casamento, ao referir sucintamente que o “estado civil e os respectivos requisitos” eram da “exclusiva competência da autoridade civil”. Na verdade, o conceito e o regime estavam regulados nas leis ordinárias, desde o interregno que a precedeu, sobretudo no Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910.

¹⁰⁸ Muitos outros exemplos poderiam ser dados:

A Constituição húngara apenas reconhece o casamento entre homem e mulher (v. | *Table ronde. Constitution et famille(s): Hongrie*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXIV, 2008, Economica, Paris, 2009, pg. 241).

¹⁰⁹ Assim mesmo sucedia nos Estados da família constitucional de matriz soviética (por exemplo, na legislação soviética sobre casamento e família: “(...) *As relações familiares assentam na união voluntária e marital entre um homem e uma mulher* (...)” (art.º 1.º); na Lei jugoslava de 3 de Abril de 1966 (“*O casamento é uma comunhão de vida entre homem e mulher* (...))”; no Código Civil Cubano (“*O casamento é a união voluntariamente consentida entre um homem e uma mulher* (...))”).

¹¹⁰ Assim, a título de exemplo, na Lei Fundamental de Bona; na Constituição francesa de 1958, que não contém um catálogo de direitos (a sentença da *Cour de cassation* (Cass. civ., 1.er, 13 de Março de 2005, n.º 05-16-627) refere que, para ser legal o casamento terá de ser misto, entendendo que viola a

Os exemplos de Constituições que seguem a formulação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de ordenamentos jurídicos que, apesar de não o fazerem, se entende que o casamento é celebrado entre homem e mulher, são múltiplos e comprovam, “*ad nauseam*”, a existência de normas costumeiras internas (apoiadas ou não em disposições da Constituição instrumental).

4.2.1. O enunciado do art.º 16.º, n.º 1, da DUDH viria a ser utilizado por várias Declarações da ONU e convenções internacionais sobre direitos humanos, que a seguiram, e que transcreveram esse enunciado: o do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art.º 23.º, n.º 1); em sistemas regionais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art.º 12.º) e a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969 (art.º 17.º, n.º 2)¹¹¹⁻¹¹².

O exposto que comprova o carácter costumeiro da característica da heterossexualidade do casamento.

4.2.2. Este argumento, de fácil verificação e de sensatez, leva, pois, à conclusão da existência de uma norma costumeira, quer ao nível internacional, quer mesmo ao nível do costume interno de cada Estado:

Se o art.º 16.º, n.º 1, não fosse uma norma de “*Ius Cogens*” (e também costumeira nos diversos ordenamentos jurídicos internos), então como justificar que todos, até 1989, e, a partir desta data, a esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos internos do Mundo (com apenas menos de dez excepções, desde 1989), inclusivamente ao nível constitucional, só reconheçam que o casamento é entre homem e mulher?

4.2.3. Julga-se, pois, existir *uma norma costumeira*¹¹³, recolhida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que possui carácter “*iuris cogentis*” desde há muitos milénios¹¹⁴.

“[A] *vontade colectiva (isto é, da Comunidade e não de cada um) dos Estados também tem um papel importantíssimo, pois, regra geral, cabe*

Constituição e o seu preâmbulo (ARIANE VIDAL-NACQUET, *Table ronde. Constitution et famille(s): France*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXIV, 2008, Economica, Paris, 2009, pg. 194)).

¹¹¹ “É reconhecido o direito de o homem e de a mulher contraírem casamento (...)”.

¹¹² Outras normas pressupõem também a diversidade de sexos: as constantes dos arts. 5.º e 6.º, ns. 1 e 2, da Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher, de 7 de Novembro de 1967; o art.º 16.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 18 de Dezembro de 1979.

¹¹³ Considerando que se trata de uma norma em conformidade com a tradição e a consciência jurídica universal, JORGE MIRANDA, em declarações à TSF, 1 de Fevereiro de 2006.

¹¹⁴ Em sentido contrário, considerando que a norma costumeira aludida só adquiriu carácter “*iuris cogentis*” a partir de 1948, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pgs. 407-409.

*a estes a decisão de criar precedentes que levam à formação da norma costumeira*¹¹⁵.

Por outro lado, como é fácil de verificar, existe um enraizamento social de forma a surgirem expectativas quanto ao seu respeito¹¹⁶.

4.2.4. Não se afiguraria possível uma interpretação evolutiva da primeira parte do art.º 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹¹⁷.

Em sentido contrário, SUSANA ALMEIDA refere: “a letra do art.º 12.º não exige que um homem e uma mulher casem um com o outro, o que confere flexibilidade suficiente ao dispositivo de modo a permitir a sua interpretação dinâmica no sentido de salvaguardar o direito ao casamento homossexual”¹¹⁸.

Com o devido respeito, este raciocínio tem várias fragilidades:

i) Em primeiro lugar, não nos parece que caiba na letra do art.º 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹¹⁹;

ii) Em segundo lugar, ignora o elemento sistemático da fórmula única utilizada na CEDH, relativa à enunciação da titularidade (à semelhança, de resto, da DUDH);

iii) A interpretação actualista e evolutiva, encetada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, implica que, para alcançar esse desiderato, adaptando a Convenção à evolução dos usos e costumes das mentalidades, o mesmo Tribunal leve em conta a evolução do Direito interno da maioria dos Estados partes¹²⁰; que, como é sabido, consagra a regra da heterossexualidade para a celebração do casamento.

iv) Por último, a Autora parece esquecer que a interpretação encetada pelo TEDH não é nesse sentido¹²¹.

¹¹⁵ Neste sentido, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 93.

¹¹⁶ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 93. O enraizamento ou efectividade constitui um facto a que são atribuídos efeitos jurídico-normativos, por força de considerações sociológicos (cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 93).

¹¹⁷ Considerando que a Jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, após o Acórdão “Goodwin”, “parece manter a exigência de sexos diferentes” (sem prejuízo de aceitar uma noção mais lata de sexo), ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Relatório. Programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático*, Almedina, Coimbra, 2006, pg. 241; também CRISTINA MANUELA ARAÚJO DIAS, *O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume III, Comissão organizadora: JOSÉ LEBRE DE FREITAS / RUI PINTO DUARTE / ASSUNÇÃO CRISTAS / VÍTOR PEREIRA DAS NEVES / MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2011, pg. 388.

¹¹⁸ SUSANA ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, diss., Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2008, pgs. 252-253.

¹¹⁹ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 182.

¹²⁰ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Relatório...*, 2006, pg. 197.

¹²¹ Como a Autora mencionada refere de resto (SUSANA ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, pg. 107).

4.2. Classificação no âmbito das normas de “*Ius Cogens*”: uma norma que impõe obrigação “*erga omnes*” mediata por tutelar um interesse comum colectivizado

Trabalhando com a classificação proposta por EDUARDO CORREIA BAPTISTA¹²², distinguindo entre normas “*iuris cogentis*” que impõem obrigações “*erga omnes*” mediatas por tutelarem um interesse comum colectivizado (não compostas por interesses que dizem respeito apenas aos Estados), e as que, tutelando um interesse colectivo (composto pela soma dos interesses privados de cada Estado), impõem obrigações “*erga omnes*” imediatas, as normas “de” e “sobre” direitos humanos inserem-se inequivocamente na primeira categoria.

Estas normas dizem respeito ao ser humano¹²³, incidem sobre os seus interesses¹²⁴ – e também sobre os da colectividade, nas garantias institucionais -; ao contrário das primeiras, têm um fundo ético¹²⁵.

Em relação ao casamento, recorde-se que nele “*se funda, como um dos seus princípios absolutos, a moralidade de uma colectividade*”¹²⁶.

Ao contrário do que certa Doutrina pretende, o pressuposto da heterossexualidade, no casamento, não é uma alegada imposição de uma “*ética especificamente religiosa*” a toda a sociedade - a qual deveria ser repudiada, mediante a invocação do “*princípio da separação das confissões religiosas do Estado e da neutralidade ideológica do Estado*”¹²⁷. Trata-se, antes de mais, da decorrência de uma norma de “*Ius Cogens*”.

¹²² EDUARDO CORREIA BAPTISTA, in ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pgs. 284-287, 338, 345-346, 383 (nota 285), 387, 388-389, 395, 396, 474-475; et in *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pgs. 130, 133-134, 138-139.

¹²³ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pg. 388.

¹²⁴ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA - ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pg. 382.

¹²⁵ Sublinhando a ligação destas normas de “*Ius Cogens*” a interesses de conteúdo ético, a valores culturais, que a prática afirma e concretiza ou cristaliza numa norma jurídica, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*”, pgs. 287, 382-384 (e nota 285), 389; IDEM, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pgs. 91, 92.

“*A concretização de certos valores numa norma pode não ser líquida, mas a aplicação dessa norma em certos casos, ou a afirmação da sua validade em abstracto pelos membros da comunidade [leia-se, nas Constituições estaduais ou nas leis internas, no caso do casamento], cria precedentes. Ora, estes desenvolvem nos membros a expectativa legítima da sua aplicabilidade futura e, portanto, da licitude dos actos conformes a ela.*” (EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 92).

¹²⁶ HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. de ORLANDO VITORINO, 4.ª ed., Guimarães Editores, Lisboa, 1990, § 167 - nota, pg. 167.

¹²⁷ Este argumento é aventado por JUSTIN T. WILSON, in *Preservationism, or The Elephant in the Room: How Opponents of Same-Sex Marriage Deceive Us into Establishing Religion*, 14, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, January, 2007, pp. 561 ss. (apud JÓNATAS MACHADO, *A (in)definição do casamento no Estado constitucional*, in *Família, Consciência, Secularismo e Religião*, Coordenação Científica de GUILHERME DE OLIVEIRA / JÓNATAS MACHADO / ROSA MARTINS, Coimbra Editora, 2010, pg. 26 (nota 44)).

Julga-se poder ir mais longe: a heterossexualidade no casamento é um dos pontos firmes da História da Humanidade dos últimos milénios.

4.2.1. Outro dos valores é o da “ponderação minimamente equilibrada dos interesses em conflito”¹²⁸.

Julga-se que a norma tutela valores e interesses de vária ordem¹²⁹.

4.3.1. Regime jurídico aplicável

I. As diferenças de regime entre as normas pertencentes às normas “*iuris cogentis*” que impõem obrigações “*erga omnes*” mediatas por tutelarem um interesse comum colectivizado, e as que, tutelando um interesse colectivo, impõem obrigações “*erga omnes*” imediatas (como ficou explanado), consistem no seguinte:

i) A impossibilidade de derrogação;

ii) *Possibilidades mais estreitas de modificação*: uma alteração desta norma de “*Ius Cogens*” encontra-se sujeita a bem maiores dificuldades, por comparação com as da primeira espécie; devido ao aludido fundo ético, exigiria mais do que simples violações¹³⁰. Sendo uma norma assente em valores essenciais, é muito mais resistente a práticas contrárias¹³¹. Com efeito, não se trata de uma norma (“*iuris cogentis*”) de conteúdo dispositivo, mas imperativo. Há um imperativo ético subjacente à norma de “*Ius Cogens*”, que proíbe casamentos entre pessoas do mesmo sexo, que impede que o legislador possa pôr termo à tradição costumeira.

II. Como norma de “*Ius Cogens*”, o art.º 16.º, n.º 1, 1.ª parte, da DUDH opera autonomamente, como limite ao poder constituinte, na elaboração da Constituição instrumental e na consideração de outras fontes da Constituição formal (poder constituinte originário), bem como ao poder constituinte derivado, ao longo das revisões).

¹²⁸ EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 92.

¹²⁹ Nesta problemática, importaria abordar os fundamentos do casamento, que não cabe na economia deste artigo.

¹³⁰ EDUARDO CORREIA BAPTISTA, ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pgs. 382, 383-384, 388.

¹³¹ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.ª ed., pg. 92 (apesar de não se referir explicitamente às normas “*iuris cogentis*” que impõem obrigações “*erga omnes*” mediatas, por tutelarem um interesse comum colectivizado).

Pelo menos, como limite transcendente (ou supraconstitucional)¹³², julga-se que o pressuposto da heterossexualidade não poderia ser infirmado pelo Legislador constituinte, sob pena de nulidade¹³³⁻¹³⁴.

Por maioria de razão, também actos, praticados no exercício de outras funções do Estado – constituídas -, estão vinculados (a decisão do TC sul-africano de 2005¹³⁵ e a lei do mesmo Estado, de 2006, são, pois, nulas, em face do “*Ius Cogens*”¹³⁶, à semelhança de outras aparentadas¹³⁷).

¹³² Em sentido contrário, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.ª ed., pgs. 37-39.

¹³³ Assim, são nulas as leis estaduais que consagraram o casamento entre pessoas do mesmo sexo[VER MAIS LEIS ENTRETANTO EMITIDAS]: a lei holandesa (“*Same-Sex Marriage Act*”, de 2001); a lei espanhola (Lei n.º 13/2005, de 1 de Julho, cujo artigo único deu uma nova redacção ao art.º 44.º do Código Civil espanhol); a norueguesa; a sueca; a francesa (em Abril de 2013, com um processo legislativo que decorreu com muita contestação por parte da sociedade civil, designadamente em megamanifestações); no Reino Unido (Maio de 2013); no continente americano, o Canadá (“*Civil Marriage Act*”, de 2005); e alguns Estados federados norte-americanos: Massachussets (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), Maine (2009), New Hampshire (2010), Washington (Fevereiro de 2012), Maryland (Novembro de 2012, na sequência de referendo), Maine (também em Novembro de 2012, seguidamente a um referendo); na América do Sul, Argentina e Uruguai (Abril de 2013); na Oceânia, a Nova Zelândia (Abril de 2013).

Ao nível da Jurisprudência, uma decisão do Supremo Tribunal Federal de 1972 não admitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nos Estados Unidos da América, foi aprovada a “*Lei de Defesa do Casamento*” de 1996 (“*Defence of Marriage Act*”, conhecida pela abreviatura “DOMA”). À época, não existiam leis dos Estados federados norte-americanos que permitissem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Posteriormente, quando começaram a existir algumas leis que permitiam o “casamento” entre pessoas do mesmo sexo, devido à “DOMA”, casais do mesmo sexo não podiam receber o mesmo tipo de benefícios e direitos que casais do sexo oposto, como isenções fiscais, pensões de viuvez, etc.

A esse respeito, no caso “USA versus Edith Windsor”, o Supremo Tribunal dos EUA considerou que as normas da aludida “Lei de Defesa do Casamento” de 1996 seriam inconstitucionais.

Numa votação à tangente (5 votos a favor, 4 contra), os Juizes consideraram que a lei, ao definir o casamento como a união entre um homem e uma mulher, permitia negar benefícios pagos pelo Governo federal a casais homossexuais formados em estados que legalizaram estas uniões.

A inconstitucionalidade da lei residiria “na privação do acesso à liberdade das pessoas que é protegida pelo 5.º Aditamento”.

Tal decisão judicial permite alargar aos casais homossexuais todos os direitos dos casais heterossexuais, nos 12 Estados e na cidade de Washington, onde existem leis que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo (cfr. notícia *Supremo dos EUA reconhece direitos iguais aos casais ‘gay’*, in *Público*, 26 de Junho de 2013, reproduzida em <http://www.publico.pt/mundo/noticia/supremo-dos-eua-reconhece-direitos-iguais-aos-casais-gay-1598453#/0>).

¹³⁴ Mais de metade dos Estados federados norte-americanos (pelo menos, 29), a começar pelo Estado do Hawaii, aprovou alterações às respectivas Constituições, definindo o casamento como sendo celebrado entre homem e mulher (para mais desenvolvimentos sobre tais alterações constitucionais, DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito português*, diss., Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2009, pgs. 186, 193, 194, 198, 200-201).

Em rigor, tais revisões constitucionais não eram necessárias, dado que havia desde logo violação do “*Ius Cogens*” e também do Direito Internacional convencional – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem (também conhecido por Pacto de São José).

Em todo o caso, são expressões directas de reiteração da solução costumeira, que tem valor “*iuris cogens*”.

¹³⁵ Cfr. DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 216.

III. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não obsta a esta posição.

O pressuposto da diversidade sexual foi reconhecido em vários arestos¹³⁸.

Está, pois, longe de haver uma Jurisprudência clarividente e pacífica.

Por isso, o argumento, segundo o qual a tese que perfilhamos não tem apoio jurisprudencial, não colhe.

5. A consequente impossibilidade de reconhecimento de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, celebrados noutros Estados, por parte dos tribunais portugueses

Poder-se-á colocar a seguinte questão num tribunal português: deverá este reconhecer o casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo, ao abrigo da lei pessoal do nubente?

A nosso ver, a resposta apenas pode ser negativa; seria incorrecto considerar o Direito estrangeiro fosse um mero “facto”¹³⁹.

¹³⁶ Adiante, aludir-se-á às consequências dos actos derogatórios de “*Ius Cogens*”.

¹³⁷ Assinale-se também a curiosidade de haver uma antinomia, no âmbito do Direito constitucional interno, nos Estados cuja forma institucional é monárquica: na Holanda (cfr. art.º 28.º da respectiva da Constituição) e em Espanha, a pessoa titular da Chefia de Estado encontra-se excluída da titularidade desse “direito” de contrair casamento com uma pessoas do mesmo sexo (o art.º 58.º da Constituição espanhola preceitua: “*la Reina consorte o el consorte de la Reina no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para ala Regencia*”); pode falar-se numa antinomia ao nível da ordem jurídica (e, em termos jusfundamentais, em perda da titularidade (cfr. DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pgs. 156 e 157).

¹³⁸ A diversidade sexual, como característica conceitual do casamento, foi reconhecida nos Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem “*Rees ‘versus’ United Kingdom*”, de 24 de Janeiro de 1986, A 106, § 49; *Sheriff e Horsham v. Reino Unido*, de 30 de Julho de 1998, R98-V, § 66 (também no Relatório de 7 de Março de 1989, Queixa n.º 111 095, *Décisions et Rapports* 63, p. 34, e Decisão de 9 de Novembro de 1989, Queixa n.º 14 573/89, *Décisions et Rapports* 63, p. 213) (*apud* IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Anotada, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1999, anotação ao art.º 12.º, pg. 300).

Note-se que o Acórdão de 11 de Setembro de 2002 (*Goodwin ‘versus’ Reino Unido*, §§ 100-101), proferido a propósito de um casamento de um trans-sexual, não alterou o pressuposto da diversidade sexual, não tendo “alargado” a definição do casamento para lá de uma união entre pessoas do mesmo sexo (sem prejuízo de ter abandonado o critério do sexo biológico (cromossómico), anteriormente defendido) (v. DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pgs. 98, 164-265 (nota 565), 268 (nota 567), 279, 281; NUNO DE SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento*, pgs. 507 (nota), 705-706) (ao contrário do que foi afirmado no caso “*Teresa e Helena*” (Teresa Pires e Helena Paixão), nas alegações de recurso no Tribunal Cível de Lisboa, *apud* DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 63; e no Acórdão n.º 121/2010 do TC).

¹³⁹ Posição de insignes Autores da especialidade, designadamente A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*. I, Almedina, Coimbra, 2000, pg. 427; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, pg. 248; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, Cap. XIII; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *A aplicação do Direito estrangeiro*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, II, Abril de 2000, pgs. 660 ss. (645-668). Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e*

Existe uma violação grosseira do Direito Internacional costumeiro imperativo¹⁴⁰. Esse casamento é (no mínimo) automaticamente nulo, à face da lei pessoal (admitindo o monismo com primado do Direito Internacional)¹⁴¹, pelo que esta indagação não deverá deixar de ser feita por um tribunal português.

Não deve haver, assim, qualquer aplicação directa, ou mesmo analógica - ainda que mitigada -, das normas de conflitos reguladoras do casamento¹⁴² (no Direito português, por isso, não devem ser aplicadas analogicamente as normas de conflitos dos artigos 49.º ss. do Código Civil, a pretexto de serem questões do âmbito da lei pessoal, às uniões entre pessoas do mesmo sexo pretensamente equivalentes ao casamento¹⁴³).

Qualquer invocação da liberdade de circulação de pessoas, no âmbito de Estados membros da União Europeia¹⁴⁴, é desconhecidora de normas superiores, de “*Ius Cogens*”.

Aliás, se um acto administrativo estrangeiro (de celebração do “casamento” civil) é juridicamente nulo, segundo o ordenamento de origem

Administração Pública, pgs. 505-506, com referências bibliográficas.

¹⁴⁰ Aliás, nem seria necessário que a norma internacional violada fosse “*iuris cogentis*” - neste sentido, Instituto de Direito Internacional, Resolução sobre a actividade do juiz interno nas relações internacionais do Estado (art.º 3.º, n.º 1, 2.ª parte); EDUARDO CORREIA BAPTISTA, ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pg. 523 (nota 97), com mais referências (designadamente *Institut de Droit de l’Institut de Droit International*, na Resolução “*The activities of national judges and the International relations of their State*”, artigo 3.º, in *Annuaire International de Droit International*, vol. 65, II, 1994, pp. 318-323); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, I, 2.ª ed., n.º 48.A, pg. 599: o Direito Internacional Público é um limite à aplicação do Direito estrangeiro, diverso do da reserva da ordem pública.

¹⁴¹ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pgs. 516, 522-525.

¹⁴² Em sentido contrário, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, n.º 71.C), pg. 523.

A norma do art.º 46.º, n.º 2, da Lei belga de 16 de Julho de 2004 (“*Loi portant le Code de droit international privé*”) (que revogou, entre outros, o art.º 170ter do Código Civil belga) consagrou uma solução de “anti-bloqueio”: afasta a norma, aplicável “às condições de validade do casamento”, que proíba o casamento de pessoas do mesmo sexo, quando uma das partes tenha a nacionalidade de um Estado ou a sua residência habitual num Estado que permita esse casamento (pelo que, mesmo que a lei nacional de qualquer dos nubentes considerasse nulo ou inexistente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, aqueles poderiam prosseguir com o processo, desde que um deles fosse nacional de um país que admitisse esse casamento ou tivesse a sua residência habitual. O que, na prática, permitiria que dois cidadãos portugueses, residentes num país cuja legislação consagrasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo (como a Holanda) e que aí tivessem contraído “matrimónio”, vissem a sua união reconhecida na Bélgica (seria também permitido que dois portugueses, desde que um deles residisse na Bélgica, pudessem contrair casamento neste país).

A nosso ver, a norma citada é nula em face do “*Ius Cogens*” (cfr. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Celebração de casamentos homossexuais por estrangeiros em Portugal — uma singularidade portuguesa*, pg. 42 e nota 19; DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, pg. 164 (e nota 327); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, n.º 71.C), pg. 523 (nota 1266)).

¹⁴³ Em sentido contrário, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, n.º 71.C), pg. 523.

¹⁴⁴ Argumento de CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, in *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9.ª ed., Granada, 2008, pp. 1304 ss., *apud* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, II, 3.ª ed., n.º 71.C), pg. 523 (nota 1268).

¹⁴⁵ Adoptando, claro está, a teoria do monismo, com primado do Direito Internacional.

, sendo em absoluto privado de quaisquer efeitos jurídicos, então seria insustentável (lógica e juridicamente) que tal acto pudesse produzir efeitos, segundo determinação da lei do Estado de “acolhimento”¹⁴⁶.

5.1. Um outro instituto potencialmente aplicável seria o da ordem pública internacional do Estado português (artigos 22.º, n.º 1, 1651.º, n.º 2, 1668.º, n.º 2, do Código Civil)¹⁴⁷, por violar a Constituição portuguesa (art.º 36.º, n.º 1, conjugado com o art.º 16.º, n.º 1, da DUDH, por força da regra interpretativa do art.º 16.º, n.º 2, da CRP)¹⁴⁸¹⁴⁹.

Todavia, para além de ser mais restritivo, referida a situações invulgaes de violação do cerne do Direito nacional¹⁵⁰, trata-se de uma qualificação do Direito interno.

Ora, o que está em causa é a violação de uma norma internacional imperativa.

À luz do “*Ius Cogens*”, independentemente do modo como o Direito interno a perspectiva, a norma “*iuris cogentis*” terá sempre prevalência. Assim, o juiz deve o acto em sentido contrário; mesmo, se necessário, oficiosamente, no caso de a violação não ser invocada¹⁵¹)¹⁵²-¹⁵³.

¹⁴⁶ Assim, precisamente, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 505.

Para mais desenvolvimentos sobre a recepção dos actos públicos estrangeiros, v. PIERRE CALLÉ, *L'acte public en Droit International privé*, diss., Economica, Paris, 2004, pgs. 163 ss., em especial, 243-351.

¹⁴⁷ Sobre a noção de ordem pública em Direito Internacional Privado, v., desenvolvidamente, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, diss., I vol., Almedina, Coimbra, 1991, pgs. 200-226.

¹⁴⁸ Conforme defendemos em *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?*, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, pgs. 61-63; e, sucintamente, em *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, coordenação de JORGE BACELAR GOUVEIA / FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, Quid Juris, Lisboa, 2013, pgs. 101- 102.

¹⁴⁹ Segundo alguma Doutrina, a própria lei aplicável, v. g., em matéria de relações entre os “cônjuges”, não pode ser indiferente “à justiça conflitual – e por conseguinte ao sistema axiológico do ordenamento jurídico”; não sendo as normas de conflitos “regras axiologicamente neutras” - ANTÓNIO FERRER CORREIA, *A revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado*, in IDEM, *Estudos vários de Direito*, Coimbra, 1982, pg. 283.

¹⁵⁰ Criticando o recurso excessivo à reserva de ordem pública internacional, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, diss., I vol., Almedina, Coimbra, 1991, pgs. 171 ss.

¹⁵¹ Já que vale entre nós o princípio “*jura novit curia*” - ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *A aplicação do Direito estrangeiro*, pg. 661.

¹⁵² Salvo o devido respeito, por estas razões, não se pode acompanhar a conclusão do Professor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que defende o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, devido a não violar a ordem pública internacional (in *O casamento em Direito Internacional Privado: alguns aspectos*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, volume I, Almedina, Coimbra 2005, pgs. 440-441; também com essa opinião, RITA LOBO XAVIER, *Ensinar Direito da Família*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2008, pgs. 83-84 (nota 70); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, II, 3.ª ed., n.º 71.C), pgs. 523-524, embora não invocando essa fundamentação a título principal (citando apenas Autores estrangeiros e nacionais que a invocam (nas notas 1269 e 1270)).

¹⁵³ a) Diferente é o **casamento poligâmico**, pois aqui inexistente norma “*iuris cogentis*” (pelo menos, universal) aplicável que o proíba (em rigor, o art.º 16.º, n.º 1, da DUDH não se refere ao casamento poligâmico; destarte, não o proíbe); pelo que acompanhamos MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e RITA LOBO XAVIER, nas obras referidas; entendimento semelhante tem sido defendido pela Jurisprudência francesa (cfr. também JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, 2004, pgs. 520-521; considerando que, apesar de violar a ordem pública internacional do Estado português, há uma operação de “sinépica” (a sinépica consiste na ponderação dos efeitos das decisões sobre casos “*sub judice*”; a tradução da expressão alemã “*Synepeik*”, ao que sabemos, terá sido introduzida na Doutrina portuguesa pelo Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – sobre a sinépica, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 267; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito*

Nem sequer se trata de “costume estrangeiro” meramente interno (em relação ao qual poderia ser difícil determinar a existência e o conteúdo¹⁵⁴), mas de costume internacional.

5.2. Note-se que não há aqui um controlo da constitucionalidade, à luz da Constituição que encima a lei pessoal dos pretensamente “casados”¹⁵⁵.

Esse controlo externo é supérfluo em face da violação das normas supraconstitucionais¹⁵⁶.

Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, n.º 34.VI-VII, pgs. 152-153; IDEM, *Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modos de decisão jurídica*, in *Revista Jurídica* (AAFDL), ns. 9-10, Janeiro-Junho de 1987, pg. 15; IDEM, *Introdução à edição portuguesa da obra de CLAUS-WILHELM CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito* (original alemão: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1983, Berlim), Introdução e tradução de A. MENEZES CORDEIRO, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pgs. CX-CXI, e bibliografia citada (W. FIKENTSCHER, *Synepeik und eine synepeische Definition des Rechts, Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, 1980, pp. 53-120) (“flexibilização da ordem pública internacional em relação aos efeitos”, restringindo estes últimos), vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, I, 2.^a ed., n.º 47.B, pgs. 594-595; também ANA RITA GIL, *Do reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos* (reproduzido em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/2502.pdf>)).

b) A questão jurídica é a de saber se existirá um “*Ius Cogens*” regional proibitivo (admitem o “*Ius Cogens*” regional: EDUARDO CORREIA BAPTISTA, ‘*Ius Cogens*’ em *Direito Internacional*, pgs. 291, 389-390, 354 (nota 212); IDEM, *Direito Internacional Público*, I, 1.^a ed., pg. 428; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, reimpressão da edição de 1993, 1997).

JORGE MIRANDA rejeita-o (in *Curso de Direito Internacional Público*, 5.^a ed., Principia, Cascais, 2012, n.º 54). Cfr. a queixa apresentada, em 1992, à Comissão Europeia dos Direitos do Homem, em que uma mulher pretendia reunir-se com o marido, julgada inadmissível em virtude da concepção de família monogâmica preponderante na Europa.

¹⁵⁴ Cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *A aplicação do Direito estrangeiro*, pg. 663.

¹⁵⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 507.

¹⁵⁶ Ainda que assim se não entendesse, a Doutrina do Direito Internacional Privado entende que o poder de um tribunal português emitir um juízo de inconstitucionalidade, face a uma Constituição estrangeira, deve ser bastante comedido, exigindo-se a máxima prudência (devendo existir, para além do pressuposto da existência de um sistema de fiscalização jurisdicional que preveja a fiscalização concreta, Jurisprudência e um sector bem representativo da Doutrina, existentes naquele país, que já se tenham pronunciado sobre a matéria; sendo desaconselháveis decisões inovatórias ou originais) (neste sentido, por exemplo, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, pg. 244 (também 245 e 246); JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, 4.^a ed., revista e *atualizada*, Coimbra Editora, 2013, n.º 50.II, pg. 216 (esta passagem estava, em edição anterior, no Tomo II: *Manual de Direito Constitucional*, Constituição, Tomo II, 6.^a ed., Coimbra Editora, 2007, n.º 80.II, pg. 357) (JORGE MIRANDA exige, embora dubitativamente, que se trate de uma inconstitucionalidade evidente); PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, volume II, Organização do Poder Político, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, 20.2.2b).III, pg. 446 (aludindo ao especial melindre para o Estado do foro, se a interpretação da Constituição estrangeira for difícil); FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos de leis. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra Editora, 2009, pg. 49).

Em todo o caso, julga-se que as normas internas, que declaram o casamento como sendo celebrado entre homem e mulher, são de aplicação imediata¹⁵⁷, em concurso real com o seu carácter “*iuris cogentis*”.

5.3. Em relação aos Estados federados norte-americanos que adoptaram a solução do casamento entre pessoas do mesmo sexo, existe também uma dupla violação:

- i) De uma norma de “*Ius Cogens*”;
- ii) De Direito Internacional pactício: o art.º 23.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969¹⁵⁸.

Um tribunal português deve recusar o reconhecimento, invocando o primeiro fundamento.

Cumulam-se assim a violação de norma constitucional e a violação de norma “*iuris cogentis*”.

Um tribunal português deve recusar o reconhecimento de um casamento de pessoas do mesmo sexo, não com o primeiro fundamento, mediante a apreciação da constitucionalidade, mas pelo caminho mais directo da violação de uma norma pertencente ao “*Ius Cogens*”.

¹⁵⁷ Um dos exemplos dados de uma norma de aplicação imediata é precisamente o das que regulam o casamento (v. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, volume II, diss., pgs. 927-928 (nota 2892), 932, 953-954 (nota 2958)).

¹⁵⁸ Cfr. a cláusula federal, prevista no art.º 28.º da Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969.